

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE

L'HYPOTHÈQUE SUR SOI-MÊME

CONSIDÉRÉE COMME INSTRUMENT DE CRÉDIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Mercredi 17 Mars 1909, à 2 h. 1/2

PAR

GEORGES C. STOICESCO

Président : M. A. COLIN, professeur.
Suffragants : { MM. HITIER, professeur agrégé.
CAPITANT, chargé de cours.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1909

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE
L'HYPOTHEQUE SUR SOI-MÊME
CONSIDÉRÉE COMME INSTRUMENT DE CRÉDIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Mercredi 17 Mars 1909, à 2 h. 1/2

PAR



GEORGES C. STOÎCESCO

Président : M. A. COLIN, professeur.
Suffragants : { MM. HITIER, professeur agrégé.
CAPITANT, charge de cours.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

AVANT-PROPOS

La question de la propriété immobilière est depuis quelque temps déjà en France l'objet d'études incessantes. Cela s'est traduit soit par la publication d'ouvrages, soit par des circulaires adressées aux personnalités compétentes en la matière afin de leur demander les modifications et les améliorations que l'on pourrait apporter en l'occurrence.

M. le professeur Saleilles disait il y a quelque temps à son cours traitant de la réforme des livres fonciers, en Angleterre, que la question de la propriété immobilière est dominée en ce moment par la question du crédit, et que la propriété immobilière est envisagée aujourd'hui beaucoup moins comme utilisation individuelle que comme instrument de crédit.

En s'exprimant en ces termes avec la clarté et la concision que nous voyons, il exprimait parfaitement l'idée qui préoccupe aujourd'hui tous les esprits en la matière. Les propriétaires souffrent, la terre pâtit, le crédit manque, c'est ce que l'on peut constater aujourd'hui.

C'est en songeant à cet état précaire de la propriété immobilière que nous avons songé à étudier la question, à savoir quels sont les meilleurs systèmes d'instrument de crédit dont on puisse faire usage.

Nous avons d'abord cru nécessaire d'étudier succinctement ce qu'était le crédit lui-même, en nous inspirant à ce sujet des ouvrages des économistes les plus connus. Ayant acquis par l'étude de ces écrits la certitude que le remède se trouvait avant tout dans la mauvaise organisation du régime hypothécaire, nous avons voulu étudier la formation même de ce système, et c'est pour cela que nous nous sommes permis une petite incursion très rapide en droit romain.

Nous nous sommes demandé ensuite quels étaient les défauts de ce système hypothécaire français aujourd'hui en vigueur. L'ayant trouvé, il nous a semblé utile, avant de chercher les remèdes, de voir ce que l'on avait tenté déjà depuis quelque temps à ce sujet. Cela devait nous être très utile, car nous avons pu puiser dans des lois antérieures au Code civil et tombées en désuétude depuis bien longtemps, un régime hypothécaire d'une souplesse merveilleuse, le système consacré par le décret du 9 messidor an III.

Nous avons aussi étudié cette question du régime hypothécaire et de la sûreté qu'avait créée le décret de messidor, dans les lois étrangères qui l'avaient pris pour modèle. Nous sommes arrivés à la fin à cette

conclusion, que le meilleur instrument de crédit serait encore aujourd'hui celui du décret de messidor avec certaines modifications bien entendu. Ce travail est divisé en 6 chapitres ainsi conçus :

Chapitre premier. — Du crédit. Son importance ses instruments, l'hypothèque et son évolution.

Chapitre II. — L'hypothèque, son fonctionnement, ses défauts.

Chapitre III. — Des réformes qui furent tentées depuis le Code civil jusqu'à présent pour réformer le régime hypothécaire en France.

Chapitre IV. — Du décret de messidor an III. Son origine, son analyse, son fonctionnement, ses défauts et ses qualités.

Ces quatre chapitres formeront la première partie de ce travail. Ils comprennent la législation française. La deuxième partie de ce travail, traitera de la législation étrangère en deux chapitres et la conclusion comme suit :

Chapitre V. — Les lois prussiennes. Les Handfesten de la ville de Brême. Le Code civil allemand de 1900.

Chapitre VI. — L'hypothèque sur soi-même en Suisse, en Roumanie, l'act Torrens, le système de M. Dain pour l'Algérie.

Conclusion.

PREMIÈRE PARTIE

LA LÉGISLATION FRANÇAISE

CHAPITRE PREMIER

DU CRÉDIT

§ 1

Du crédit, son importance, ses instruments

L'étude que nous nous proposons de faire est celle de l'hypothèque sur soi-même ainsi que l'indique le titre même de ce modeste travail, mais avant d'en commencer l'étude à fond, avant de commencer l'analyse de ce décret de messidor, base du système de l'hypothèque sur soi-même et qui restera un modèle du genre ; avant de passer aussi à l'étude de quelques autres législations étrangères, il est bon de se demander à quoi sert l'étude de cette question.

L'hypothèque sur soi-même devrait être selon moi, et je citerai par la suite des opinions autorisées en la matière, qui sont également de cet avis ; l'hypothèque sur soi-même, dis-je, devrait être un des plus puissants instruments pour se procurer le crédit de nos jours.

Mais le mot de crédit vient d'être prononcé, il sera pour ainsi dire, la cause occulte de ce sujet, il est donc logique avant d'entamer l'étude que nous nous proposons, de dire quelques mots du crédit lui-même, et de voir comment par lui, ou plutôt par une de ses variétés, on arrivera presque inévitablement à l'hypothèque sur soi-même.

Qu'est-ce donc que le crédit ? Beaucoup de définitions en ont été données ainsi qu'il arrive toujours pour les questions très importantes.

Je n'en citerai pour ma part qu'une seule, admirable en sa concision et qui est généralement acceptée comme l'une des meilleures tout au moins, sinon comme la meilleure. Stuart Mill nous dit : « Le crédit n'est que la permission d'user du capital d'autrui ». Voici donc, en quelques mots, clairement défini ce qu'est le crédit. Avec d'autres définitions, et hanté aussi par les services incontestables que le crédit rend à l'humanité, on était arrivé à prétendre qu'il était un producteur de richesses nouvelles ; au contraire, le crédit ne crée pas de richesses ; en voici un exemple : si Primus emprunte 100 francs à Secundus, les 100 francs qui enrichiront le patrimoine de Primus appauvriront momentanément,

jusqu'à la restitution, le patrimoine de Secundus. Il y a donc *circulation* et non création de richesse. Par conséquent, il est plus exact de dire que le crédit ne fait qu'aider à la circulation des richesses.

Notre vie sociale actuelle, nous pouvons sans craindre l'affirmer, se trouve étroitement liée à cette idée de crédit. Aujourd'hui tout le monde en a besoin pour vivre, il nous est à peu près indispensable, aussi bien aux particuliers qu'aux Etats. Voici du reste ce qu'on en dit (1) : « Ce qui rend l'usage du crédit aussi essentiel aux Etats qu'aux particuliers, c'est d'abord que pour les premiers comme pour les seconds, le paiement des dépenses et la perception des revenus ne coïncident pas toujours d'une manière constante, ou ne se répartissent pas exactement sur les mêmes périodes de l'année ». Ce qui fait aussi que M. Cauwès (2) nous dit : « Dans l'industrie et le commerce, tout marche en quelque sorte sur les ailes du crédit ».

Nous pouvons ajouter que ce que nous dit M. Cauwès, de l'industrie et du commerce peut tout aussi bien s'appliquer au simple particulier ; les cas vu l'exigence de notre vie sociale actuelle sont de plus en plus nombreux où des personnes qu'elles soient riches ou pauvres (et ces dernières surtout) ont besoin de faire appel à des capitaux étrangers. D'abord, et cela nous venons de le voir plus haut, les époques de

1. Leroy-Beaulieu, *Traité de la science des finances*, p. 206.

2. *Traité d'économie politique*, § 587, avantages du crédit.

paiement ne correspondent pas toujours aux époques de perception des revenus, ensuite, il y a encore bien d'autres cas où il peut se faire que des circonstances imprévues nous obligent à avoir recours à l'intervention de capitaux étrangers.

Ainsi, un individu, je le répète, qu'il soit pauvre ou riche, peut faire un héritage, et il est très possible qu'il ne reçoive pas dans son lot de l'argent liquide ; pourtant il sera obligé de déboursier de la monnaie pour différents frais, tels que droits de mutation et peut-être bien d'autres frais encore en qualité d'héritier ; frais à payer pour le défunt, enterrement, service de l'église ou bien encore dettes de la succession à acquitter. Que doit-il faire dans ces cas qui sont très fréquents, s'il lui faut verser les sommes dans un bref délai ? Vendre ce qui vient de lui échoir ?

Mais cependant, ce qu'il vient de recevoir, ne se vendra certainement pas du jour au lendemain dans de bonnes conditions, il faudrait donc qu'il vende à perte ; dans ces conditions, et pour éviter ces inconvénients il sera obligé forcément de recourir au crédit, il faudra qu'il cherche à emprunter. Ce que nous venons de dire est presque, je dis presque mais je pourrais facilement dire toujours, inévitable pour celui qui est pauvre. Quant au riche, celui-ci, s'il est prévoyant, aura probablement déjà équilibré son budget habituel, et il lui sera difficile de faire face à des frais nouveaux et imprévus. Il sera donc, lui aussi obligé d'emprunter.

J'ai pris au hasard, cet exemple de l'héritage, mais

en voici un autre qui est encore bien plus habituel et plus fréquent.

Un propriétaire d'un fonds agricole, qu'il exploite lui-même, peut être victime d'un accident (incendie, grêle, etc.), ou bien d'une mauvaise année, et on sait combien désastreuses sont ces dernières ; l'agriculteur peut n'avoir point lui-même d'argent en numéraire, il lui faudra pourtant quand même, faire face aux dépenses que nécessite son exploitation. Que faire alors ? Chercher du crédit !

Le propriétaire d'un immeuble en ville, peut lui aussi en avoir besoin ; sa maison peut brûler ou se trouver détériorer à la suite d'un accident quelconque. Sans compter qu'à certaines époques, les *capitaux fixes*, qui sont les bâtiments, les outils, les instruments, demandent à être renouvelés. Stuart Mill (1) nous le dit : « Le capital fixe demande à être périodiquement renouvelé » et il faut aussi que ces bâtiments soient entretenus par des réparations qui, quelquefois, sont fort coûteuses. Il faudrait, dira-t-on, que les gens prévoyants fassent ces dépenses sur les revenus qu'ils réalisent à l'aide justement de ce capital fixe qu'ils possèdent. Oui, mais si ces frais sont très considérables, ce qui sera le cas normal pour ces réparations ou pour ces renouvellements, qui se font périodiquement, le propriétaire, et dans ce cas surtout, le petit propriétaire sera forcé de recourir une fois de plus au crédit (2). « A ceux qui conduisent

1. *Economie politique*, p. 105, t. I.

2. Cauwès déjà cité, § 587, Avantages du crédit.

une entreprise, il (le crédit) fait avoir les capitaux supplémentaires dont ils ont besoin pour le fonctionnement de leurs affaires ».

Nous venons de voir les avantages réels que peut tirer du crédit le propriétaire d'immeuble en quête de capitaux, et c'est là la partie qui intéresse le plus notre sujet, mais il faut dire aussi, pour se rendre compte de son importance, que le crédit est tout aussi utile à ceux qui possèdent et qui veulent placer leurs capitaux qu'à ceux qui en ont besoin, ceci est parfaitement connu, mais malgré cela nous préférons citer ici encore l'avis de M. le professeur Cauwès (1) : « A ceux qui possèdent, le crédit procure un placement lucratif de valeurs qu'ils ne voudraient ou ne pourraient pas eux-mêmes faire valoir actuellement ». Actuellement, pour beaucoup de capitalistes, pourrait se traduire par toujours, car il n'y en a certainement pas beaucoup qui sauraient faire valoir leurs biens eux-mêmes, et ils préfèrent dans ce cas, reconnaissant leur incompetence ou leur manque de goût, transformer leurs biens en espèces sonnantes et trébuchantes, qu'ils prêteront ensuite à d'autres qui, eux, en ont besoin et sauront en tirer un meilleur parti.

Il (2) (le crédit) rend d'éminents services à la production en permettant d'y puiser le mieux possible ces capitaux existants. Et il nous est dit que ceux qui ont une très grande fortune ne peuvent pas l'ad-

1. Voir paragraphe déjà cité.

2. Gide, *Principes d'économie politique*, p. 340.

ministrer, et ceux qui en ont une trop petite ne savent pas la régir : il ajoute encore, page 341 : « Dès lors, si, grâce au crédit, les capitaux peuvent passer des mains de ceux qui ne peuvent ou ne veulent rien faire aux mains de ceux qui sont en mesure de les employer productivement, ce sera un grand profit pour chacun et pour le pays tout entier. Or, c'est par milliards que se chiffrent dans un pays comme la France les capitaux ainsi soustraits, soit à une thésaurisation inutile, soit à une consommation improductive et fécondée par le crédit. On a dit avec raison que le crédit avait cette vertu de faire passer à l'état actif les capitaux qui étaient à l'état latent ». Ayant donc vu que le crédit pouvait avantager aussi bien ceux qui ont de l'argent à placer que ceux qui en ont besoin, revenons bien vite à ceux-ci.

Mais auparavant, disons tout de suite que le crédit dont nous voulons nous occuper, c'est le crédit privé et non le crédit public avec lequel il n'a de commun que l'objet « qui est la disposition momentanée ou définitive d'un capital librement obtenu du propriétaire, mais à cela se borne la ressemblance » (1). Et pour préciser, nous voulons nous occuper, non pas de celui des commerçants, mais de celui des simples particuliers, de celui des propriétaires, que ce soient des propriétaires agricoles ou urbains, j'ajouterai même que généralement on

1. Leroy Beaulieu, déjà cité, p. 208.

s'occupe beaucoup plus du propriétaire rural que du propriétaire urbain ; pourtant ce dernier est lui aussi digne d'intérêt, presque au même titre que celui de la campagne et ses besoins à lui aussi valent la peine d'être pris en considération, bien entendu, il n'est pas question des propriétaires de Paris où généralement il n'y a que de gros immeubles, mais c'est surtout des petits propriétaires de la province que nous voulons nous intéresser. Du reste, ce que nous disons ici peut tout aussi bien s'appliquer à d'autres pays que la France, car le crédit est nécessaire partout.

Je crois volontiers que si cette petite injustice a été commise au détriment du propriétaire urbain, c'est parce que les questions agricoles ont été plus étudiées à cause du marasme dans lequel les exploitations des champs ont la tendance de vouloir tomber. On déserte la campagne pour la ville, l'agriculture manque de bras, voilà des paroles bien souvent prononcées et qui malheureusement d'ailleurs ne sont que trop vraies. Tout le monde les connaît et ce sont certainement elles qui ont contribué pour une large part à ce que l'on s'occupe surtout du propriétaire agricole, plutôt que de son confrère de la ville.

Ayant vu maintenant, tous les avantages que possède le crédit, il nous semble très naturel de nous demander quels sont les moyens par lesquels on arrive à se le procurer ?

La réponse est aisée : le meilleur moyen de capter

la confiance (crédit, *credere*) n'est-il pas de donner une assurance, une sûreté, au créancier qui puisse le convaincre qu'il n'aura rien à perdre en vous prêtant son argent ? Cette chose qui assurera le créancier, cette garantie, se nomme la *sûreté* et c'est elle qui fait l'objet des contrats de garantie. Cette idée du reste n'est point nouvelle.

Les sûretés ne sont pas un système de création récente. Elles nous viennent des Romains qui, les premiers, en eurent la conception. Et cela nous prouve encore très nettement, que même dans l'antiquité on avait ce besoin de crédit, presque au même degré que de nos jours, puisque les diverses variétés de sûretés existantes sont les mêmes que dans l'antiquité.

Les sûretés en droit romain étaient de deux sortes : les sûretés personnelles et les sûretés réelles, nous savons qu'en droit civil actuel encore, la même division a été acceptée. Les sûretés personnelles qui furent les premières furent aussi les plus usitées du temps des Romains, tout au moins dans le commencement.

Elles affectèrent différentes formes ; la *sponsio*, la *fidepromissio*, la *fidejussio*, et le *mandatum pecuniae credendae*. Ils connaissaient aussi la solidarité, nous voulons bien entendu faire allusion à celle du débiteur, qui est en somme, elle aussi, une sûreté pour le créancier.

De nos jours, ces formes de sûretés personnelles

n'existent plus. Elles se sont fondues en une seule, le cautionnement.

Les Romains, cependant eux-mêmes trouvèrent d'autres sûretés bien meilleures que celles dont nous venons de parler, en ce sens qu'elles étaient faites pour inspirer une plus grande confiance au créancier, lui assurant une position meilleure que celle de simple créancier chirographaire qu'il avait par les sûretés personnelles. En effet, pour les sûretés personnelles il faut avant tout, avoir confiance dans les personnes mêmes avec lesquelles on traite. Cette condition, possible quand on se connaît intimement, ce qui serait le cas des petites tribus ne peut plus être bien remplie lorsque la tribu augmente. On ne se connaît plus, donc on ne peut plus avoir une confiance immuable les uns envers les autres ; ainsi il fallait trouver mieux et les Romains en cherchant trouvèrent de nouvelles sûretés basées sur un tout autre principe.

Ces sûretés nouvelles étaient l'*aliénation fiduciaire*, le *gage* et enfin l'*hypothèque* dans l'ordre où nous les énumérons (nous verrons tantôt en un rapide examen comment on arriva à la dernière). Ces trois sûretés forment le groupement dénommé les sûretés réelles, les plus en honneur aujourd'hui et qui furent aussi très appréciées, et même bien plus que les sûretés personnelles avec lesquelles elles existèrent conjointement en droit romain dans les derniers temps ; dans l'ancien droit français ce sont aussi les sûretés réelles qui furent les plus estimées. Les

Romains disaient déjà : *Plus est cautionis in re, quam in personam*, et dans l'ancien droit français : « Mieux vaut gage en arche (coffre) que pleige (caution) en place » (1). Pourtant, il faut voir en ce qui concerne le droit romain le manuel de M. Girard, page 765 et à la même page, note 1.

Voilà donc les sûretés réelles ; ce sont les meilleurs instruments de crédit que nous possédions aujourd'hui encore.

C'est donc du gage et de l'hypothèque que nous allons nous occuper, puisque l'aliénation fiduciaire a disparu même chez les Romains presque dès le début. Cependant, l'une de ces deux sûretés est meilleure que l'autre ; laquelle ? Voilà la question qui se pose.

Aurons-nous donc la peine de rechercher laquelle sera préférable ?

En aucune façon ; car nos ancêtres, les Romains, ont cherché pour nous. Au fur et à mesure que leurs besoins devenaient plus pressants ils se sont ingéniés à trouver les moyens les meilleurs pour l'obtention du crédit. Nous allons donc rapidement esquisser l'évolution des sûretés en droit romain. Nous arriverons à trouver la meilleure, nous en dégagerons ses principaux caractères, et nous arriverons ensuite bien vite au droit actuel ; alors, nous pourrons nous poser cette question :

Etant donné notre besoin actuel de crédit, qui va

1. V. Planiol, *Manuel de droit civil*, t. II, p. 725, note 1.

toujours en grandissant, la manière dont fonctionne le meilleur instrument qui a été créé à cet effet répond-elle à notre attente ?

§ 2

De l'évolution de sûretés réelles. L'hypothèque.

Son caractère

Un des plus importants et aussi des meilleurs comme instrument de crédit est sans aucun doute l'hypothèque. Et pourtant il n'est pas nouveau puisque ce sont les Romains qui, les premiers, mirent ce système en application. L'hypothèque, du reste, ne fut pas trouvée tout de suite, elle fut le résultat d'une lente évolution ; c'est en partant de l'aliénation fiduciaire, et en passant par le gage que l'on arriva à l'hypothèque, institution que les Romains, s'il faut en croire certains auteurs, avaient trouvée dans les pays de langue grecque (1). Voici ce que l'on nous en dit : « Ainsi que l'indique son nom, ὑποθήκη, l'hypothèque existait dans les pays de langue grecque, mais aux mains des juristes romains et façonnée par eux elle est devenue une instrument de crédit bien supérieur à l'institution similaire qu'ils avaient pu observer ailleurs et dont leur esprit pratique ne pouvait manquer de saisir et de développer tous les avantages ». Sur l'origine de l'hypothèque

1. V. Gaston May, *Manuel de droit romain*, p. 451, § 223.

que nous n'avons pas à nous étendre, cela sortirait du cadre que nous nous sommes imposé.

Ainsi donc on voit que c'est par besoin de crédit que l'on est arrivé à rechercher toujours, et à perfectionner, les instruments que les besoins créaient à cet usage.

Le crédit implique avant tout, comme nous l'avons déjà dit, une question de confiance, or, comment inspirer confiance au créancier ? Le créancier, nous l'avons dit, connaît bien rarement son débiteur, pour lui prêter sur simple parole, ou encore sur un écrit reconnaissant la dette. Et encore, faudrait-il admettre qu'il ait une confiance absolue dans la solvabilité de son débiteur ; avoir confiance en une seule personne, c'est parfois bien téméraire. Il y avait bien le cautionnement, mais même du temps des Romains il présentait des inconvénients et des complications par la création des différents bénéfices existant à ce sujet (1). Dans ces conditions, et pour pouvoir trouver l'argent dont il a besoin, le débiteur propriétaire qui manque momentanément d'argent liquide devait trouver un autre moyen d'inspirer confiance à son créancier.

Ce moyen se présenta tout naturellement à l'idée du débiteur ; faire usage de sa propriété pour inspirer confiance.

Le système dit des sûretés réelles était dès lors trouvé, et le crédit devait, dès ce moment là, prendre

1. V. M. Girard, *Manuel* déjà cité, p. 758.

l'extension qui était nécessaire, car, meilleure sera la sûreté, meilleur sera le crédit. Mais primitivement, la conception du gage n'était pas encore venue à l'idée. Leur première découverte fut l'aliénation fiduciaire, basée aussi sur une idée de confiance et qui transférait la *propriété* même de la chose. On ne tarda pas à en ressentir les inconvénients, car par la transmission de la propriété, justement on épuisait toute la puissance de crédit de la chose ; sans compter que, ainsi que l'indique son nom « aliénation », on transférait la propriété elle-même, et ici intervenait de nouveau une question de confiance personnelle. Les Romains tâchèrent donc, et cela nous le savons, de pallier à cet état de choses (1). Ils donnèrent d'abord l'action fiduciaire, mais celle-ci n'était qu'une action personnelle ; ensuite ils imaginèrent de joindre à l'aliénation fiduciaire le louage ou la précarité (le louage surtout, car le précaire pouvait être révoqué), et de cette façon on arriva à remédier à un premier grand défaut : la dépossession immédiate du débiteur.

Il n'en restait pas moins vrai que ce dernier se trouvait quand même dépossédé, dans un autre sens du mot ; s'il continuait par le subterfuge que nous venons d'indiquer, à avoir le fonds en sa possession, il n'en était plus malgré cela le propriétaire. Et sans cela même, l'opération de la fiducie avait un autre grand inconvénient, car c'était un mode de transfert nécessi-

1. Voir à ce sujet Girard, p. 759.

tant des formalités telles que l'*in jure cessio* ou la *mancipatio* ; toutes les propriétés ne pouvaient donc pas être soumises aux bénéfices de l'aliénation fiduciaire. Il fallait donc encore trouver mieux, et comme la fiducia les avait mis sur la voie, ils finirent par trouver qu'au lieu de transférer la propriété avec une adjonction de louage ou de précarité, il serait bien plus pratique de transférer simplement la possession de la chose. Ce fut le gage. Ce système était bien supérieur à l'ancien, car, il ne dépossédait pas le débiteur, il restait propriétaire de sa chose, c'était donc de ce fait un grand pas de fait dans la voie du progrès. Un des plus importants même, car dès ce moment-là on avait trouvé un moyen de crédit qui puisse donner une certaine sûreté au débiteur comme au créancier. Il y avait donc avantage réel à s'en servir ; du reste, la preuve que ce système était préférable, c'est qu'il triompha de l'aliénation fiduciaire et qu'il est parvenu jusqu'à nous où ses services sont encore appréciés. En effet, de nos jours, le gage rend encore de très grands services pour les petits prêts. L'institution des monts de piété, qui prêtent sur gage et dont l'extension nous est connue, en est le meilleur exemple.

Cependant, le défaut capital et précisément celui qui nous intéresse le plus, puisque notre objet principal est actuellement le crédit, c'est que le gage, tel que les Romains l'avaient conçu épuisait, lui aussi, toute la puissance du crédit que le débiteur

aurait dû pouvoir retirer de sa chose, pour en profiter utilement.

Il était donc nécessaire de trouver mieux.

Nous avons vu plus haut comment les Romains, respectant la tradition avant tout, ne cherchaient pas à inventer des systèmes nouveaux ; ils étaient arrivés en perfectionnant la fiducie, et en la perfectionnant encore, à donner naissance par une conception voisine, à une sûreté nouvelle, le gage. Eh bien, c'est en voulant favoriser le crédit agricole qu'ils arrivèrent insensiblement, en s'apercevant des défauts du gage, à trouver ce merveilleux instrument de crédit qui, encore aujourd'hui, est le plus puissant pour les particuliers de se procurer les fonds dont ils ont besoin : j'ai nommé l'hypothèque.

En effet, on partit encore de cette idée que le gage ne donnait pas toutes les satisfactions à l'agriculteur car on sait que les Romains étaient avant tout des ouvriers de la terre et que c'est en elle que consistait leur plus grande richesse. C'est donc en découvrant les défauts du gage, par rapport à l'agriculture, en voyant qu'il enlevait la possession de sa chose à son propriétaire, en passant entre les mains du créancier qu'ils trouvèrent l'hypothèque. Que deviendrait en effet sans elle l'agriculteur ? Il serait obligé de donner en gage sa fortune qui se compose de ses instruments aratoires, et des animaux qui servent à l'exploitation de la terre. L'esprit logique des Romains s'en émut et l'on décida, que le propriétaire fermier donnerait ses *inrecta* et *illata*

en garantie mais qu'il continuerait par suite à s'en servir. Il n'y avait donc plus qu'une simple question de gage éventuel, que le préteur Salvien sanctionna en donnant au *locator* non payé l'interdit, dit Salvien, permettant de prendre les *invecta* et *illata* du débiteur faute de paiement.

Le préteur Servius fit un pas en avant, en donnant l'action dite Servienne à la place de l'interdit. Nous voici ici tout à fait presque à l'hypothèque, nous pourrions même dire tout à fait, car vers le milieu du premier siècle (1) on étendit cela à toutes les opérations en général et on décida que lorsque le débiteur s'obligeait il pouvait offrir, sans s'en dessaisir, à son créancier, une sûreté et que celui-ci aurait alors, en cas de non-paiement, l'action *quasi-servienne* ou *hypothécaire*.

Nous voici donc à l'hypothèque ; telle que nous la voyons du rapide développement que nous venons d'en faire elle est due au droit prétorien « à deux préteurs successifs (2) », ce qui n'empêche pas M. G. May de penser à la page suivante (p. 452) que la pratique romaine s'inspirait ici seulement, en ce qui concerne l'action quasi-servienne, des pays grecs. L'avis contraire soutenu par M. Girard nous semble cependant d'une façon beaucoup plus évidente, découler, de cet esprit de perfectionnement que nous avons vu plus haut, quand nous avons étudié le passage de la fiducie au gage et à l'hypothèque.

1. Pour la date selon M. Girard, Manuel déjà cité, p. 763.

2. V. G. May, déjà cité p. 451, § 223.

Mais cette question assurément fort intéressante, et qui a trouvé de solides défenseurs pour les deux opinions, s'éloigne de notre sujet et c'est pourquoi nous ne l'approfondirons pas plus avant. Nous venons de constater, et c'est là le but que nous nous étions proposé, que l'hypothèque était en droit romain la sûreté réelle la plus perfectionnée.

Nous venons de voir que l'usage qu'ils faisaient de l'hypothèque avait pour but de s'obtenir du crédit.

Cependant, dès ce temps-là, ils commençaient à comprendre que l'hypothèque telle qu'ils l'avaient conçue n'était point encore parfaite.

Elle avait encore un défaut, celui d'être occulte (1). La pratique le leur fit sentir et dès lors ils eurent l'idée que la publicité serait le meilleur moyen d'attirer le prêteur pour lui faire voir de quelles charges était grevé l'immeuble. A cet effet, ils commencèrent à installer dans les propriétés hypothéquées des bornes, dont le nom vient du grec « ὄρος » et sur lesquelles étaient marquées les hypothèques les unes après les autres.

Déduire de là qu'ils avaient même pensé à l'ordre des inscriptions hypothécaires ou pour mieux dire, au rang qu'elles devaient avoir entre elles, serait peut-être prêter une trop grande prévoyance et une trop grande précocité aux Romains ; toujours est-il

1. V. à ce sujet, Guillaud, *Traité des privilèges et hypothèques*, p. 8 et suivantes et aussi Vigé, *Droit civil*, t. III, p. 681 ; Besson, *Les livres fonciers*, p. 36 et suivantes.

que là, on peut déjà voir l'idée mère des systèmes de publicité, idée qui se maintint et qui chercha à percer dans l'ancien droit français.

Il y eut aussi des tentatives sérieuses en faveur de la publicité dans les pays dits de nantissement (Picardie, Hainaut, Vermandois, Cambrésis, etc.), on avait eu alors de bonnes intentions en faveur de la publicité; il faut voir là des traces évidentes de l'époque féodale qui elle-même s'était inspirée très certainement des systèmes formalistes du droit romain.

Plus tard même, en 1673, Colbert voulut essayer par un édit d'étendre cette publicité d'une manière générale, non plus seulement pour les pays de nantissement où cela était de rigueur, mais pour toute la France.

Ce louable effort échoua cependant, car les nobles menacés de voir leurs dettes mises à nu, s'y opposèrent énergiquement, de sorte qu'en avril 1694, l'édit fut rapporté.

On peut se convaincre par ce qui vient d'être dit que les projets de publicité ne sont point nouveaux. Après cet essai que voulut faire Colbert, l'hypothèque resta définitivement occulte comme elle l'avait été primitivement en droit romain, mais, cependant malgré son défaut capital « l'occultanéité », telle était sa puissance de crédit, qu'elle subsista quand même. Même dans ces conditions-là, elle fut considérée comme devant être le meilleur moyen pour la propriété immobilière d'attirer les capitaux.

Il en est de même de nos jours, l'hypothèque est encore la meilleure garantie que l'on puisse donner à un créancier ; arrivés à ce résultat il est temps de se poser la question que nous nous proposons dès le début en parlant des instruments de crédit :

Vu, les exigences actuelles de notre vie sociale, et le besoin de crédit qui en résulte, l'hypothèque qui est le moyen le meilleur, on pourrait dire le seul pratique pour le propriétaire immobilier, d'avoir du crédit, l'hypothèque, telle qu'elle est à notre disposition, telle qu'elle fonctionne, nous donne-t-elle tout ce que nous lui demandons ? Je crois pouvoir répondre dès à présent par la négative.

La réponse à cette question se trouvera du reste, dans l'analyse du système hypothécaire actuel et qui fera l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II

L'HYPOTHÈQUE, SON FONCTIONNEMENT, SES DÉFAUTS

§ 1

L'hypothèque (en droit actuel)

L'hypothèque, telle qu'elle est conçue actuellement a de graves inconvénients, elle n'est pas à la portée de tout le monde et surtout pas à la portée de cette classe si nombreuse, et si digne d'intérêt, des petits propriétaires. Evidemment, l'hypothèque rend de très grands services, elle est, et restera toujours un des plus précieux moyens d'obtenir le crédit nécessaire, cependant, ainsi que nous venons de le dire, elle n'est pas facilement accessible à tout le monde pour plusieurs raisons que nous tâcherons de démontrer.

En effet, si l'hypothèque était tellement parfaite, nous n'aurions pas à enregistrer ce mouvement d'abandon qui va en croissant pour la propriété immobilière.

On ne veut plus placer ses fonds en immeubles. Et pourtant ceux-ci rapportent de très bons intérêts, meilleurs, que ceux des valeurs mobilières ; le propriétaire d'immeubles ne trouve cependant plus les capitaux nécessaires quand il en a besoin, ceci est un point certain. Les capitaux ne vont plus à la terre (nous prenons terre dans le sens large du mot) et pourtant la garantie que procure le gage hypothécaire au capitaliste est excellente. C'est donc dans sa manière de fonctionner qu'il faudra rechercher les causes de cet abandon. Ces causes sont inhérentes à l'hypothèque elle-même ; c'est dans sa manière de se constituer que nous rechercherons son côté faible en tenant compte aussi de la question pratique qui elle aussi a une grande importance.

L'hypothèque fonctionne, on est donc parfaitement à même de voir quels sont à côté des grandes qualités qu'elle possède les défauts dont elle est entravée.

Et d'abord, rappelons que le but que nous nous sommes proposé, est de faire voir, que cette sûreté n'est point, pratiquement parlant, accessible à certaines catégories de débiteurs ; il vaut mieux le dire tout de suite, ce sont les petits prêts, les prêts aussi de courte durée auxquels l'hypothèque telle qu'elle existe actuellement n'est guère favorable.

Nous avons dit plus haut tout l'intérêt que méritaient les petits propriétaires, et nous savons que pour favoriser l'obtention de ce crédit dont ils ont besoin et qui souvent est assez minime, il faut que la petite

épargne, les petits capitalistes, ceux qui aujourd'hui trouvent un meilleur placement de leurs économies dans les valeurs de bourse, il faut que ceux-ci puissent pouvoir placer leurs capitaux avec facilité, en les prêtant aux petits propriétaires.

Mais pour cela, deux conditions sont nécessaires : 1^o qu'ils puissent avoir une bonne sûreté, une bonne garantie de leurs placements et 2^o qu'ils aient la possibilité, lorsqu'ils en ressentent le besoin, de retrouver avec rapidité les fonds dont ils se sont dessaisis.

Car une chose qui est importante, en effet, c'est que, non seulement beaucoup de personnes placent leur argent en valeurs de bourse, mais qu'il y a encore une très grande quantité aussi de petits capitalistes, qui mettent une partie, tout au moins, de leurs économies en dépôt dans de grands établissements de crédit, afin de les avoir rapidement à leur disposition ; et, ces établissements de crédit sont loin de défavoriser cette tentative ; car, au lieu de recevoir une taxe fixe, tout au contraire, la plupart accordent même un léger intérêt à l'argent ainsi déposé dans leurs caisses.

Ayant constaté par conséquent ces deux points : que les emprunteurs propriétaires d'immeubles, ne trouvent pas toujours comme ils veulent des capitaux, et que d'autre part, ceux qui en possèdent, ceux qui placent leur argent et qui pourraient par conséquent leur en prêter, ne le font pas (s'ils ne le font pas c'est que très certainement ils n'y trouvent pas

un avantage) ; ayant constaté en un mot cet éloignement croissant des capitaux pour les immeubles, dont nous parlions tantôt, revenons à l'idée dont nous nous sommes un instant écartés et demandons-nous quels sont les griefs que l'on peut formuler contre la meilleure sûreté réelle existante ?

Car pourtant, l'hypothèque n'est plus occulte comme dans le temps. Son défaut d'occultanité avait dû être atténué « le régime hypothécaire de la France était ébranlé (1) », la Révolution lui porta un dernier coup et on a cherché à consolider la confiance entre particuliers.

Je puis par conséquent dire maintenant, sans crainte d'être contredit car presque tout le monde est d'accord sur ce point, quels sont les défauts de l'hypothèque.

Les reproches qu'on lui adresse sont reconnus, nous n'avons donc qu'à les énumérer.

Ils consistent non seulement dans les conditions d'existence de l'hypothèque, mais aussi dans son peu de maniabilité, ou plutôt, dans *sa transmission trop difficile* ; le créancier qui a prêté sur hypothèque peut, à un moment donné, avoir besoin de son argent avant le terme qu'il avait consenti à son débiteur ; dans ces conditions il est tout naturel qu'il pense à céder sa créance ou sa sûreté. Les conditions de cessibilité de l'hypothèque dont nous allons avoir à nous occuper tantôt sont d'un commerce difficile et long, et cela sera un des principaux griefs,

1. V. Aubry et Rau, t. III, pp. 121 et suivantes.

celui qui nous intéressera le plus parce que c'est lui que nous nous sommes proposés d'étudier, dont nous nous servirons lorsque nous en arriverons à faire, le procès de l'organisation hypothécaire telle qu'elle existe actuellement.

Nous nous sommes proposés de parler de l'hypothèque sur soi-même et des développements qui ont eu lieu il est ressorti, et cela nous l'avions dit aussi au commencement, que le but voulu sera d'arriver à prouver comme quoi l'hypothèque du propriétaire peut être un excellent instrument de crédit. C'est pour atteindre ce but que la critique de l'hypothèque s'impose. Nous allons la commencer dans le paragraphe suivant.

§ 2

Le fonctionnement de l'hypothèque

Nous devons tâcher de procéder par ordre et d'énumérer les défauts en commençant par les premiers.

Le moyen le plus logique et qui nous fera le mieux nous apercevoir des défauts existants, et par là même de la manière de les corriger, sera de supposer, un capitaliste, qui accepte de prêter ses deniers, et de suivre, la manière dont il s'y prendra pour constituer sa sûreté. Il faudra tout d'abord qu'il se rende compte exactement de la solvabilité de son débiteur, ensuite

nous verrons comment il fera, s'il a besoin de son argent avant le terme primitivement fixé pour l'échéance.

D'abord, que va faire ce capitaliste prêteur, lorsqu'il sera pressenti par un propriétaire pour un emprunt dont la sûreté, ou pour mieux dire la garantie sera une hypothèque sur son immeuble ?

La réponse est fort aisée à faire ; il cherchera à savoir si celui qui veut devenir son débiteur est bien le *véritable* propriétaire de l'immeuble sur lequel il voudra prendre hypothèque ; il cherchera si le titre du propriétaire n'est point discutable, et non soumis à un litige quelconque, il cherchera aussi à savoir quelle est la situation de l'immeuble, c'est-à-dire si des hypothèques ont été déjà consenties dessus, et en ce cas à savoir quel sera son rang, à lui nouveau prêteur ?

Pour obtenir ces renseignements qui lui sont de toute première nécessité, et qui lui seront utiles dans l'ordre où nous venons de les énumérer, il sera obligé de voir au bureau du Conservateur si le titre de propriété de son futur débiteur, a été transcrit ; car il se pourrait fort bien en effet, que celui-ci fut un faux propriétaire.

Ici déjà commencent les difficultés.

En France, c'est la loi de 1855, 23 avril, qui règle la question de la transcription, grâce à laquelle on peut, mais nous ferions mieux de dire *on pourrait*, connaître exactement le titre de propriété d'une personne. Or, tous les actes translatifs de propriété ne

sont pas soumis aux bénéfices de la transcription.

La loi de 1855, s'empresse, par une ironie du sort, dirait-on, à nous le faire savoir dans son article premier : « Tout acte *entre vifs* translatif de propriété sera soumis etc. ».

Alors les autres actes translatifs de propriété échappent donc à la transcription, qui, nous l'avons vu, devrait être la première formalité pour pouvoir assurer une bonne sécurité au capitaliste.

Pour se rendre compte de l'importance que peuvent avoir tous ces actes qui échappent à la loi, il est bon de les énumérer :

1° D'abord les actes translatifs de propriété pour cause de décès. Ce sera l'héritier *ab intestat* qui le premier ne sera pas soumis à cette formalité, et aussi le légataire particulier d'un immeuble. Voici donc déjà de valables transmissions de propriétés qui ne seront pas transcrites ;

Mais il est encore d'autres catégories bien plus importantes à notre sens et qui peuvent donner lieu à des fraudes considérables.

2° C'est d'abord toute une catégorie de jugements qui déclarent nulle une translation antérieure qui échappent à la transcription.

3° L'article 883 du Code civil dans son alinéa premier nous dit : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot. . ». Cet article déclare donc que le partage est purement déclaratif de propriété, il n'est

pas translatif de propriété, par conséquent, lui aussi, ne sera pas transcrit.

Mais ce cas n'est pas pour nous étonner, car la loi de 1885, nous l'avons vu, ne cite que les transmissions entre vifs. Enfin, ce qui est mieux encore, c'est que, grâce à la jurisprudence qui a étendu cette théorie d'actes déclaratifs, nous avons une application de ce système à un cas de transmission entre vifs.

4° La transaction, dans le cas, où l'adversaire qui prétendait à la propriété de l'immeuble transige et reconnaît comme propriétaire celui qui se prétendait propriétaire de l'immeuble primitivement ; il n'y aura pas lieu de la transcrire, dans ce cas, c'est le titre même qu'invoquait dès le début celui auquel échoua définitivement la propriété qui sera constitutif de propriété.

5° Enfin, d'autres actes non moins importants ne sont pas soumis à la formalité de la transcription. Ce sont les actes abdicatifs et confirmatifs de propriété (1). Les premiers sont : la renonciation avant toute acceptation à un legs ou à une succession ; ceci n'est pas comme on pourrait le croire, un cas rare ; ici nous avons une transmission qui se fait par décès, car le renonçant est censé n'avoir jamais eu de droit sur la succession.

Les actes confirmatifs sont ceux des personnes qui auraient pu, dans une aliénation d'immeubles, faire

1. V. Planiol, *Manuel* déjà cité, p. 837, t. II.

valoir une nullité relative et qui, par un acte formel, confirment la propriété qui devrait être entachée de nullité.

Voici donc le premier défaut de la législation actuelle : de nombreuses transmissions restent cachées, et le créancier futur ne peut pas prendre connaissance d'une façon exacte, du titre de propriété du débiteur.

C'est un défaut capital que nous venons d'indiquer ; il n'est pas besoin d'insister, car il est formellement et unanimement reconnu ; on est d'accord là-dessus, et la modification de ce système défectueux qui s'intitule système de publicité et qui laisse tellement à désirer, justement au point de vue de la publicité, a été trop souvent demandée pour qu'il soit nécessaire d'y insister.

Disons cependant, dès à présent, que l'on ne peut pas concevoir un bon système hypothécaire sans une bonne publicité des actes translatifs de propriété. C'est la première réforme à effectuer, si l'on veut réorganiser le système hypothécaire sur des bases solides. La publicité des hypothèques elle-même est en étroite relation avec le système de publicité des translations de propriété. Ces deux systèmes se complètent l'un l'autre.

Cependant, nous ne pouvons quitter la loi de 1855 sans faire remarquer que, si elle organise la transcription, elle ne la rend pas obligatoire. M. Planiol (1) nous l'explique parfaitement en disant que

1. V. Planiol, p. 846, § 2.636, Note I. T. I.

s'il est de tout intérêt pour le propriétaire d'en user, cela n'est pourtant pas comme on pourrait le croire une formalité obligatoire. Et il ajoute qu'il y a 26 0/0 de ventes simplement enregistrées, et non transcrites sans compter les ventes faites par actes sous seing privé.

Passons à présent à la seconde question, que se poserait notre capitaliste prêteur, à savoir, y a-t-il encore d'autres hypothèques sur l'immeuble, et dans ce cas quelles sont-elles?

Nous touchons ici à la question de la publicité même des hypothèques.

Pour avoir l'énumération exacte des hypothèques antérieures, il faudra s'informer au bureau du conservateur des hypothèques. Mais là d'autres difficultés surgissent ! Les registres sont tenus par nom de personnes ; alors il faudra donc qu'il demande au conservateur son renseignement non pas en lui donnant la description de l'immeuble, comme on le ferait en Allemagne, ou en Angleterre, ou même en Tunisie, mais en lui indiquant le nom du propriétaire de l'immeuble. Or, il n'existe pas tant que cela de noms de famille différents, les noms de Durand, Dupont, Duval, auxquels s'adjoignent souvent les mêmes prénoms, sont excessivement nombreux sur le registre des transcriptions (1). Par conséquent on aura un nombre considérable d'homonymes. Lequel choisir ?

1. V. sur cette question le rapport de M. Dain : « Exposé des motifs », *Revue algérienne*, 1887.

Il faudrait savoir le nom de tous ceux qui ont été successivement propriétaires du même immeuble, pour pouvoir reconnaître quel est le véritable propriétaire dont nous avons besoin.

L'inconvénient est donc visible, c'est le système de publicité de l'hypothèque qui est défectueux, nous verrons par la suite de notre étude, comment dans d'autres pays ce système a été avantageusement remplacé par la mise en vigueur des livres fonciers ; c'est là la base d'un bon système hypothécaire, c'est une condition aussi essentielle que la publicité des translations de propriété. En France, nous avons la certitude que l'on y arrivera peut-être même avant longtemps.

La question est étudiée avec soin, avec sollicitude, mais cela nécessiterait tout d'abord la réfection du cadastre, et cela serait une dépense considérable si l'on juge que le cadastre actuel de la France a coûté environ 165 millions. Cependant on y arrivera car des mesures ont été déjà prises à ce sujet. Dès 1891, M. Rouvier, ministre des Finances, s'est occupé de la question, en nommant une commission extra-parlementaire qui a déjà obtenu quelques premiers résultats, en donnant naissance à la loi de 1898 ayant pour but de faciliter le cadastre.

Passons à présent à l'hypothèque elle-même ; et supposons que le capitaliste ait obtenu maintenant tous les renseignements qu'il désirait, et qu'il ait enfin consenti à prêter sur hypothèque.

N'oublions cependant pas que nous avons tou-

jours en vue les petits propriétaires et regardons quels seront alors les frais que va entraîner la constitution d'hypothèque, frais qui vont être à la charge de l'emprunteur bien entendu.

L'hypothèque se constituera par devant notaire et les frais qui en découleront seront écrasants (1).

« On a calculé que pour les prêts inférieurs à 300 fr., l'intérêt à 5 0/0, ajouté aux honoraires du notaire, aux frais de timbre, d'inscription et de remboursement, s'élevait pour 2 ans à 48,50 soit à une moyenne annuelle qui dépasse 24 0/0.

Les banquiers au contraire ne prennent l'argent qu'à un taux inférieur à 5 0/0 et on leur en offre beaucoup. Il en est de même des fonds publics ».

Ces chiffres sont clairs et parlent par eux-mêmes, ils se passent ainsi de tout commentaire. Voici donc nettement déclarée et ressortant de ces quelques lignes, l'une des causes importantes pour lesquelles on délaisse les immeubles.

Comme on le voit, cela est dû à la manière même dont on constitue l'hypothèque, qui devient par là même inabordable pour les petits prêts à cause de sa cherté. Donc, nous n'exagérons pas en disant qu'une des causes majeures de l'éloignement des capitaux se trouve dans la manière même dont on constitue l'hypothèque.

Nous aurons à voir du reste, par la suite, qu'à ces frais viendront encore s'en ajouter d'autres.

1. V. Challamel, *Étude de la cession des créances hypothécaires*, p. 3.

Mais une autre question se pose à présent et non des moins importantes.

Le créancier capitaliste voudra bien nous prêter son argent. Il le donnera pour un certain temps déterminé à l'avance, mettons 5 ans par exemple. Nous avons dit dans le courant de cette étude l'importance qu'il y aurait à ce que la petite épargne prêtât à l'immeuble au lieu d'aller toujours porter ses deniers aux valeurs mobilières ; ne le perdons pas de vue car c'est ici précisément que la question devient intéressante.

Ce prêteur qui aura donné 500 fr. par exemple, si c'est un petit capitaliste, il n'aura peut-être pas, et ce sera généralement le cas, une fortune bien considérable. Si dans l'intervalle de ces 5 ans, au bout desquels seulement il doit rentrer dans ses fonds, il a besoin pour une cause ou pour une autre de cette somme ? Qu'advient-il ? Il sera obligé d'emprunter, peut-être et c'est même probable ne trouvera-t-il pas quelqu'un pour lui prêter sur simple signature ; il lui faudrait donc recourir au gage ; mais avec ce moyen il pourrait lui être pénible de se séparer d'un objet quelconque auquel il est attaché. Comme il n'a pas d'immeuble, il ne pourra pas offrir une hypothèque comme sûreté et nous savons que ce serait là le meilleur moyen d'obtenir de l'argent. Dans ces conditions il sera presque obligé de céder à un tiers quelconque sa créance garantie par l'hypothèque ; ce serait là un excellent remède ; cependant nous nous apercevons ici encore, que le système hypo-

thécaire contient un moyen de cession extrêmement difficile.

La difficulté que l'on a de faire circuler la créance avec l'hypothèque, qui n'est selon les principes du droit français, qu'un accessoire, est encore, une des causes qui contribuent le plus à ce que l'on n'aime pas à prêter, contre cette sûreté, malgré la garantie réelle qu'offre au créancier le gage hypothécaire. En effet « donner au créancier un gage solide, facilement transmissible et réalisable » (1), c'est le but que doit atteindre toute bonne loi relative aux contrats de crédit sur garantie réelle et ce but n'étant pas atteint en France cela nuit d'une façon considérable, au développement du crédit.

L'hypothèque est un droit accessoire à la créance, donc pour céder l'hypothèque il faudra céder la créance et alors seulement, l'hypothèque, selon les règles de l'article 1692, sera cédée.

Or, les formalités de la cession de créance sont non seulement longues, mais encore, excessivement coûteuses, et si les dépenses peuvent être facilement supportées quand une grosse somme d'argent est en jeu, elles deviennent trop onéreuses lorsqu'il s'agit d'une petite somme ; et, nous n'oublions pas que c'est justement cette dernière catégorie de prêts qui nous intéresse.

Outre la cession de son titre de créance, il y aurait encore un autre moyen dont le créancier pourrait se

1. Cauwès, *Traité d'économie politique*, p. 398, § 663.

servir. C'est de subroger une autre personne dans ses droits. Mais ici aussi nous nous heurtons à la même grave difficulté : cela coûte trop cher.

Il ressort donc de ce que nous venons de voir, qu'une des principales lacunes à imputer au système hypothécaire actuel, c'est le manque de *mobilité* dont il est nanti. Mobiliser le crédit hypothécaire, voilà la grande réforme à faire ; permettre de céder son hypothèque sans beaucoup de frais, facilement, rapidement, c'est le seul moyen pour engager le capitaliste à prêter son argent au propriétaire immobilier. Car, c'est souvent la cause qui arrêtera celui qui possède de l'argent à vouloir le prêter à la terre. Il a de l'argent et pourtant, il ne peut l'avoir à sa portée quand il le veut, quand il en aura besoin ; c'est une réclamation fort légitime et que tout le monde comprendra sans peine.

Il est inconcevable en effet qu'une personne ayant eu la prévoyance de faire des économies se trouve obligée à son tour de chercher à emprunter. Il ne faut pas demander au capitaliste plus qu'il ne peut faire. On vient donc de voir là encore une des causes qui obligera presque toujours, le capitaliste à prêter ses fonds aux valeurs mobilières ou à les confier aux établissements de crédit.

Sur cette mobilisation du crédit hypothécaire, nous allons revenir bientôt ; disons tout de suite puisque nous y sommes que ce serait la grande réforme à opérer pour venir en aide aux fonds immobiliers. Cette réforme se trouve, nous l'avons dit, en

étroites relations avec celle des livres fonciers dont nous avons parlé et que nous reverrons succinctement lorsque nous aurons à étudier les législations étrangères. Il n'en sera cependant pas beaucoup parlé car ils nous entraîneraient à des considérables développements, et cela sortirait du cadre que nous nous sommes imposé.

D'autres causes encore très importantes existent qui arrêtent le capitaliste de prêter sur hypothèque, j'estime cependant que la plus sérieuse est celle consistant dans le manque de mobilité des créances hypothécaires ; c'est la plus grande. Il y en a pourtant d'autres encore ; elles sont plus secondaires, mais nous ne pouvons cependant pas dans ce procès que nous faisons à l'hypothèque ne pas en dire quelques mots.

Il y a la difficulté que l'on a de réaliser son gage hypothécaire en cas de non-paiement ; ensuite les hypothèques générales et surtout parmi celles-ci les deux hypothèques occultes (art. 2121) dispensées de toute inscription. L'emploi de ces hypothèques, est sévèrement jugé par tous ceux qui s'intéressent tant soit peu au bon fonctionnement d'un régime hypothécaire favorisant le crédit.

Nous ne voulons pas nous élever ici contre ces hypothèques qui peuvent être d'une très bonne garantie, elles aussi ; ce n'est pas à leur existence même que nous en voulons, mais simplement à un vice de leur organisation, à leur défaut de publicité, il n'y a pas besoin de les enrayer, ce serait même peut-

être une erreur, mais il faut, ce qui est parfaitement possible, les rendre publiques. Pourtant, dans certains pays, a-t-on essayé de les enrayer. En Belgique (1), on a supprimé l'hypothèque judiciaire et on a spécialisé les autres. La question a été agitée en France aussi (2). Nous avons parlé de l'hypothèque judiciaire. Quant à l'hypothèque légale de la femme mariée, c'est un véritable épouvantail pour le capitaliste ; avec elle, il n'y a pas moyen d'avoir un bon crédit. Mais est-il seulement utile de chercher à démontrer ce point ? La pratique s'en est émue bien avant nous et le résultat en a été que l'on fut obligé de tourner la loi et à l'interpréter d'une façon tout à fait différente de son but principal et primitif.

En effet, l'hypothèque légale de la femme mariée lui a été concédée uniquement pour la sauvegarder, contre une mauvaise gestion possible, de ses biens par son mari. Donc, il est visible qu'elle a été donnée contre le mari. Qu'en est-il advenu par la suite ? A quoi sert aujourd'hui cette hypothèque légale ? Tout simplement à *fortifier* le crédit du mari en permettant à la femme de trafiquer sa sûreté, soit en cédant son rang, soit en y renonçant purement et simplement, soit, ce qui est plus grave encore, mais ce qui est considéré comme le meilleur moyen d'obtenir du crédit pour le mari, en subrogeant son hypothèque légale à un créancier de celui-ci. Ce

1. V. Planiol, p. 820, § 2.669, t. II.

2. V. Projet Darlan, *Manuel Planiol*, déjà cité, p. 820, t. II, note 2.

dernier moyen est le plus alléchant pour le créancier, car il possède de cette façon le meilleur rang hypothécaire qu'il puisse désirer, aussi ne se prive-t-il pas de demander cette subrogation chaque fois que cela lui paraît nécessaire ; nous voyons que cela est un moyen de tourner les difficultés que la loi imposait en organisant le système de précaution pris dans les articles 2121, 2135, 2140 dans l'intérêt de la femme. Ces moyens de tourner les lois (bien que la jurisprudence fût consacrée plus tard par la loi de 1889) sont de nature à porter une atteinte grave au prestige des hommes de loi, et il ne faut point s'étonner, après de pareilles manœuvres, de voir le gros public leur appliquer des qualificatifs tels que « retors ». Du reste, nous allons bientôt le voir, ce système de subrogation n'est lui-même pas pratique pour les petits prêts, car les frais qu'entraîne la subrogation sont, eux aussi, très élevés.

En effet, la loi de 1855 s'en occupe dans son article 9 et nous y voyons ce qui suit : « Dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante ». Acte authentique, inscription, tout cela pour nous se traduit plus simplement encore en trois mots : encore des frais.

Est-il possible, dans les conditions que nous

venons d'énumérer, d'obtenir des capitalistes qu'ils veuillent bien prêter leur argent aux propriétaires d'immeubles, quand dans la garantie même qu'on leur offre on sème, comme à plaisir, tant d'écueils ?

Dans ces conditions, à présent que la plaie est mise à vif, il s'agit de trouver le remède. De ce que nous venons de voir, il résulte ce qu'il faudra faire, et l'on présume déjà quels seront les remèdes :

1° Remplacer le système actuel organisé par la loi de 1855, car il ne permet pas au créancier de se renseigner d'une façon précise sur la situation de l'immeuble, ce qui est fort préjudiciable pour lui comme on a pu s'en rendre compte ;

2° Le deuxième défaut de l'hypothèque consiste dans son défaut de mobilité. Mobiliser le crédit hypothécaire, voilà la grande réforme à opérer, permettre de céder son hypothèque sans beaucoup de frais ; cela permettra au capitaliste de céder facilement sa sûreté lorsqu'il aura besoin de rentrer dans son argent. Nous disons bien *mobiliser le crédit hypothécaire*, nous ne disons pas *mobiliser le sol*, il y a une légère différence, nous la verrons plus tard dans le cours de cette étude.

Laissons de côté le premier remède, celui de la réforme de la loi de 1855 ; nous allons nous occuper du second.

On ne peut y arriver qu'en touchant au fond même du régime hypothécaire, en le débarrassant de ses entraves qui sont par trop coûteuses et trop longues et qui furent données pour garantir l'hypothèque.

Cependant, on pourrait arriver à une toute aussi bonne garantie de l'hypothèque, tout en la débarrassant de ses entraves.

Treilhard disait devant le corps législatif : « Concilier le crédit le plus étendu avec la plus grande sûreté, voilà le problème à résoudre » ; voilà des paroles que l'on ne manque jamais de citer, parce qu'elles expriment parfaitement les qualités que doit avoir un bon régime hypothécaire ; et c'est ce régime qui nous donne la meilleure sûreté ou qui devrait plutôt nous donner la meilleure sûreté, étant donné qu'en France le résultat est tout à fait contraire à celui qu'on en attend, au lieu d'élargir le crédit il paraît plutôt le retrécir ; ceci est prouvé par la préoccupation constante que l'on a de faire revenir les capitaux vers la terre dont ils ne cessent de s'éloigner. Donc, à notre sens, le régime hypothécaire n'est point parfait, et il est préjudiciable au crédit immobilier ; cependant, nous ne pouvons passer plus loin sans voir l'opinion contraire soutenue par M. Théophile Huc (1). Voici en substance ce qu'il nous dit :

Il ne faut pas tout d'abord confondre, le Crédit foncier, avec le régime hypothécaire, car le Crédit foncier a pour but de diriger vers l'exploitation du sol des capitaux, qui ont une tendance toute naturelle à aller vers l'industrie ; et il ajoute, page 7 : « il faut en effet remarquer que les causes qui poussent les

1. *Etude sur le régime hypothécaire.*

capitaux vers l'industrie plutôt que vers le sol ne tiennent pas le moins du monde aux imperfections du régime hypothécaire, mais bien certainement aux avantages considérables que présentent les placements sur valeurs industrielles, avantages que l'on peut ainsi résumer :

1° Affranchissement de tout intermédiaire et par conséquent secret des affaires domestiques ;

2° Facilité pour le placement des petites épargnes, aussitôt qu'on a 300 francs on peut acheter une obligation des chemins de fer alors qu'on n'ose pas, aller chez son notaire pour un placement aussi *mesquin* ;

3° L'intérêt des valeurs est supérieur (1) à 5 0/0 ;

4° M. Huc nous dit encore que des primes sont données aux valeurs mobilières et il ajoute, ce qui pour nous est très important « l'extrême facilité de la négociation rapproche les valeurs industrielles de l'écu métallique, permet de les réaliser aussitôt que la nécessité l'exige sans qu'il faille recourir à un cessionnaire et recourir aux formalités de la cession. C'est qu'en effet le régime hypothécaire le plus parfait qu'on puisse rêver ne dispensera jamais le capitaliste qui veut faire un placement hypothécaire :

1° D'attendre d'avoir à sa disposition un capital suffisamment élevé pour pouvoir être suffisamment offert ;

1. Nous savons qu'aujourd'hui les valeurs mobilières ne rapportent pas souvent ces intérêts-là.

2° De vérifier les titres de propriété, de consulter sur leur valeur les hommes compétents qui, malgré leur savoir et leur expérience, peuvent toujours se tromper ;

3° De recourir à un intermédiaire, le notaire, etc. ».

Ainsi donc, M. Huc en exaltant les qualités des valeurs mobilières de bourse, arrive à reconnaître implicitement les défauts que nous avons imputés il y a quelques pages, au régime hypothécaire ; il est vrai que pour lui ces mêmes défauts paraissent des qualités.

Il trouve que le régime hypothécaire ne pourra servir que pour les grands prêts, et sur ce point nous sommes de son avis, ayant dit déjà que l'hypothèque telle qu'elle était conçue sera toujours possible, et donnera de bons résultats dans cette catégorie, mais elle ne pourra pas à cause de ces garanties qui l'entourent, il vaudrait peut-être mieux dire qui l'embarrassent, servir pour les petits prêts de sommes « *mesquines* » et pour cela il trouve que l'on ne pourra jamais offrir à la petite épargne de meilleures valeurs que les valeurs industrielles. Ainsi, résultat, ce n'est pas le régime qui est défectueux, mais il est tout simplement inapplicable parce que peu de pratique dans certains cas ! Nous verrons par la suite du reste en étudiant le décret de messidor le cas qu'il faudra faire de cette opinion et comment d'autres législations ont parfaitement trouvé le moyen de concilier, la petite épargne, et le régime hypothécaire ; ce qui sera certainement le meilleur moyen de

refaire prendre aux capitaux le chemin de la terre ; et ce chemin, il faut qu'ils arrivent à le prendre, la terre est une richesse naturelle qu'il ne faut pas dédaigner, si on ne donne pas les moyens de pouvoir l'exploiter, personne n'en voudra plus, et ce serait réellement dommage de perdre une aussi bonne source de revenus et un capital aussi fécond lorsqu'on en peut tirer parti.

M. Huc paraît ne pas avoir entendu le cri d'alarme que pousse la petite propriété, il a dû cependant se rendre compte que les capitaux commençaient à manquer à la terre, car il dit en parlant du Crédit foncier (p. 10) (1). Le but du Crédit foncier est celui-ci : « étant donné un système hypothécaire aussi bon que possible, trouver en dehors de ce système le moyen de diriger vers l'agriculture les capitaux qui ont une tendance naturelle à aller vers l'industrie ». Cette tendance, je la qualifierai aussi de naturelle comme M. Huc, mais dans un autre sens que lui, je dirai que c'est une tendance naturelle vu que l'on n'a encore rien fait d'efficace pour leur donner une bonne sûreté facile et avantageuse qui leur permette d'aller vers cette même terre dont ils s'éloignent. C'est tout naturel en effet, que le capitaliste ayant de l'argent et voyant toutes les difficultés que l'on a dressées sur son chemin avant de lui donner la sûreté que son intérêt très légitime lui ordonne de demander préfère porter son argent vers

1. Crédit foncier est pris ici dans le sens d'établissement de crédit.

d'autres valeurs qui lui donnent beaucoup plus d'avantages. Car cela nous le verrons en son temps, l'institution du Crédit foncier en France, quoi qu'en pense M. Huc, ne donne pas encore la solution désirée au problème immobilier.

En supposant à présent que le capitaliste se risque à prêter sur hypothèque, il réclamera outre sa sûreté, de gros intérêts, qui avec les frais de l'établissement de l'hypothèque incombant au débiteur comme on l'a vu, finiront inévitablement par étouffer le malheureux débiteur qui acceptera toutefois, ces conditions léonines, parce qu'il est dans la gêne et qu'il a besoin de fonds pour son exploitation. Depuis longtemps déjà, depuis 1804 date à laquelle le Code a été mis en application (la loi de 1855 n'existait donc même pas avec ses minces bénéfices à ce moment-là) la question des capitaux fuyant la terre, a alarmé les personnalités compétentes et depuis longtemps, depuis les premiers jours du Code civil, on s'est douté des imperfections qu'il contenait.

En pratique d'abord on s'en émut lorsque le Code civil fut mis en application en 1804, et on chercha par des moyens de jurisprudence à suppléer aux lacunes de ce Code qui n'arrivait pas à donner par la manière dont il organisait le régime hypothécaire, tous les avantages qu'on en attendait. Ces moyens, dès le début, ne parurent pas non plus suffisants car en 1826 l'homme de bien qu'était Casimir Périer (1)

1. V. Josseau, *Traité du Crédit foncier*, §§ 10 et 11 de l'introduction.

avait institué un concours avec prix à décerner au meilleur ouvrage sur la réforme hypothécaire.

En 1841 l'Etat lui-même fut ému, et M. Martin (du Nord), ministre de la Justice à ce moment-là, ouvrit une enquête auprès des cours et des facultés de droit, afin d'obtenir leur avis sur les défauts du régime hypothécaire et sur les réformes que l'on pourrait faire.

CHAPITRE III

DES RÉFORMES QUI FURENT TENTÉES DEPUIS LE CODE CIVIL JUSQU'A PRÉSENT POUR RÉFORMER LE RÉGIME HYPOTHÉ- CAIRE.

§ 1^{er}

Nous allons étudier ces réformes diverses et nous allons voir comment le résultat obtenu fut peu satisfaisant, nous pouvons nous en rendre compte du reste par la situation qu'il y a aujourd'hui. Nous allons donc passer rapidement en revue les moyens, que l'on crût bon de discuter, pour la réforme de ce système ; nous n'oublierons pas, avant de terminer ce chapitre, de voir aussi ce qu'est la Société du Crédit foncier de France et les résultats qu'elle donne par rapport au crédit immobilier. Ayant admis cette idée que l'immobilité de l'hypothèque, était une entrave grave au bon fonctionnement de ce système, voyons ce que fit le Code civil dans ces conditions ? Rien ou presque rien.

Lorsque nous avons formulé les critiques contre

l'hypothèque, nous avons vu tout d'abord les difficultés que l'on avait pour s'informer si le titre du propriétaire était exact ; bien que le Code n'en ait nullement parlé, nous ne pouvons pas ne pas rappeler ici qu'on avait eu devant les yeux l'excellente loi de brumaire an IX, et le décret de messidor an III, qui avaient organisé ce système ; les auteurs du Code sont donc d'autant plus condamnables.

Voyons à présent comment on pouvait faire circuler la créance hypothécaire. A vraiment parler, il n'y avait presque rien, car le Code, dans son article 1692 que nous avons vu, a réglé cette cession d'une manière tout à fait impraticable.

§ 2

Ce que fit la pratique

On vit bien vite du reste que cet état de choses était très préjudiciable, et c'est par la pratique, par la jurisprudence que l'on a essayé tout d'abord à remédier, oh ! bien peu, aux vices du Code. On employa plusieurs moyens à cet effet, il en a été déjà parlé ; c'est d'abord la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée ; nous avons vu ce procédé qui a reçu confirmation en 1855 et 1889, et qui consistait à se servir d'un instrument de protection créé en faveur de la femme pour en faire un instrument de crédit en faveur du mari. De ce système,

nous n'avons donc plus à parler. Mais il y a eu d'autres moyens pour se servir de l'hypothèque comme instrument de crédit, et je ne pense point trop m'avancer en disant que c'est probablement par l'exemple des transmissions commerciales, si faciles et si rapides, qu'ils en eurent l'idée. Il fallait arriver à faire circuler la créance hypothécaire d'une façon ou d'une autre, puisque l'hypothèque sur soi-même comme instrument de crédit n'existait pas dans le texte du Code. En outre, partant toujours de cette idée consacrée par le Code que l'hypothèque est l'accessoire de la créance, il fallait trouver le moyen de faire circuler facilement la créance que garantissait l'hypothèque ; et cela avec le moins de frais possible, lui donner le moyen de circuler comme les engagements commerciaux (billets à ordre, lettres de change), voilà ce qu'il fallait trouver.

Mais comment ? Cela pouvait sembler difficile, étant donné l'article 2127 qui nous dit, que l'hypothèque conventionnelle doit se passer devant notaire ; or, devant notaire, cela signifie-il qu'il faudra faire l'acte en minute et en brevet ? Non, car l'article 2148 déclare que l'hypothèque peut être constituée simplement en brevet sans minute. Cela est hors de doute, puisque l'article du Code est formel sur ce point.

Restait la question de savoir, si l'on pouvait donner une forme d'effet transmissible à un acte notarié et si cet acte pouvait être facilement endossable. Discuter cette question, ici devient superflu, elle a été

traitée magistralement par M. Challamel (1); reproduire ici les arguments serait simplement emprunter ceux de M. Challamel. Bornons-nous donc à constater que cette question est tranchée par l'affirmative) Elle a reçu sa consécration assez longtemps après, mais elle l'a reçue quand même dans un arrêt rendu par la Cour d'Alger le 7 mai 1870 (S. 71, 2, 105); il est à remarquer que cet arrêt reconnaît implicitement dans sa teneur l'avantage de ce système, et qu'il nous dit en même temps que ce système était devenu très fréquent dans son ressort :

« Attendu que la validité de l'hypothèque en question dont les avantages, au point de vue de la rapidité et de la multiplicité des transactions, sont devenus manifestes par l'usage fréquent qui en est fait dans l'étendue du ressort de ce tribunal ».

Malgré la constatation de fréquence qu'en fait ce jugement, cette réforme de la jurisprudence n'a pas eu le succès que l'on pourrait croire. M. Planiol (2) nous dit que cela donnait presque l'avantage des cédulas hypothécaires (3), et, que la jurisprudence est fort mal connue, ou bien la réforme que quelques personnes réclament ne répond à aucun besoin sérieux.

Pour notre part, nous croyons que c'est la jurisprudence qui était mal connue ; car le besoin s'en fait ressentir journellement. Et puis le système

1. Ouvrage déjà cité, pp. 85 et suiv.

2. V. Planiol, p. 821. § 2.771, t. II.

3. V. *infra*, l'« Etude des cédulas ».

qu'organisait la jurisprudence n'était pas lui-même parfait. De la phrase même de M. Planiol, on peut en tirer argument, « on se procurait *presque* tous les avantages des anciennes cédules hypothécaires... » Presque, n'est pas tout, et il reste encore un grand inconvénient à nos yeux : c'est que le système de la jurisprudence, s'il organise une cession plus facile, ne dispensera quand même pas de l'intermédiaire coûteux qu'est le notaire. Et cela pour les prêts de moindre importance, c'est beaucoup.

. Nous citerons aussi le système des ouvertures de crédit pratiqué par les banques pour leurs clients et qui sont sanctionnées par une hypothèque (1); mais celles-ci encore ne sont point très pratiques, elles ne sont d'abord susceptibles d'utilité qu'à ceux qui ont des comptes courants et qui « travaillent » avec des banques, comme les entrepreneurs, etc.

Voilà ce que la pratique avait trouvé, mais cela n'était pas suffisant, cela ne servait en rien à une bonne mobilisation des créances hypothécaires. C'était une indication et tout n'était pas encore fait; et puis, ce que fait la pratique n'est pas aussi appréciable que si c'est une loi qui le détermine. Voyons donc dans les paragraphes suivants ce que le législateur avait fait pour remédier aux vices du Code.

1. V. à ce sujet Planiol, déjà cité, p. 815, t. II.

§ 3

Ce que firent les lois. — Première période, 1804 à 1849

Déjà en 1826, disions-nous, Casimir Périer demandait des réformes et instituait à cet effet des prix pour ceux qui trouveraient une solution. L'Etat plus lent à s'émouvoir obéit pourtant aussi aux pétitions à lui déjà adressées depuis 1836, et manifesta son désir de traiter la question ; par la circulaire du garde des sceaux Martin (du Nord) on interrogea les facultés de droit et les cours, sur la réforme du régime hypothécaire (1).

En ce qui concerne l'intervention des particuliers en la question et pour réponse à la demande, de Casimir Périer, on peut citer les ouvrages suivants :

Decourdemanche : *Du danger de prêter sur hypothèque*, Paris, 1830. C'était un des meilleurs. Ensuite, Loreau : *Introduction du Crédit foncier et des moyens de le fonder*, 1841, Paris. Pougeard : *De l'amélioration du Crédit foncier en France* (Bordeaux, 1842). Hébert : *De quelques modifications importantes à introduire dans le système hypothécaire* : Hébert disait en substance dans son livre, que son travail avait pour objet de réformer le régime hypothécaire, et que selon lui il fallait un mode de publicité qui

1. Documents publiés sur l'ordre de M. Martin, du Nord, 1841, 7 mai ; fait à l'Imprimerie nationale. V. aussi à ce sujet *Traité du Crédit foncier*, Josseau déjà cité, dans l'introduction.

protège en même temps les intérêts des grevants, ceux des grevés, et ceux des tiers.

Voilà pour les particuliers.

Quant au ministre Martin (du Nord) les réponses que lui firent les facultés et les cours furent réunies en trois volumes imprimés en 1844 sur son ordre et s'intitulant *Documents relatifs au régime hypothécaire en 1844*.

Parmi les questions proposées par le ministre se trouvait aussi celle de la circulation des titres hypothécaires ; cette question, avait été dictée au ministre sans doute par l'exemple de la pratique qui, elle, ne cessait de demander un texte de loi. Nous savons comment elle (la pratique) avait solutionné la question tant bien que mal. Toujours est-il toutefois que la réponse des cours et facultés ne donna pas non plus, de résultats appréciables ; dans les documents publiés en 1844 nous voyons que, si les facultés de droit avaient fait, opinion partagée entre elles, les cours presque toutes se prononcèrent contre.

Les cours de Riom, de Rouen, d'Amiens et de Bordeaux, cette dernière, constatant aussi comme le fit plus tard cet arrêt rendu à la cour d'Alger, que l'usage s'était établi de faire des transmissions hypothécaires sur le modèle des transmissions, en usage dans le commerce ; furent d'avis cependant, de favoriser ces transmissions hypothécaires. A Metz même, il y eut une faible voix bien vite étouffée qui insinua, qu'il avait existé un décret de messidor et qu'en le modifiant on pourrait peut-être arriver à de bons résul-

tats ? Mais d'autres cours telles que celles de Besançon, Dijon, Paris et d'autres encore, se prononcèrent énergiquement contre cette idée en soutenant que cela ne serait pas profitable aux petits propriétaires et que cela présentait de très graves dangers.

Cependant, malgré les quelques réponses favorables et les besoins qui se faisaient de jour en jour plus pressants, rien ne fut fait sinon un projet de loi que nous pouvons qualifier de « mince » (1) et qui fut rédigé en janvier 1849 sur les données de la commission réunie en assemblée générale l'année d'avant. Cette commission qui fit le projet se divisait en sept sous-commissions ; en 1847, le 26 décembre, M. Persil, pair de France, avait fait un rapport qu'il adressa au garde des sceaux. Celui-ci réunit les sous-commissions, et en 1848 en février, M. Persil fait un nouveau rapport ; il dit en substance que ce n'est pas de la réforme du régime hypothécaire qu'il faut attendre d'avoir de bons résultats pour le Crédit foncier (2).

Les réformes très légères qui furent pratiquées à 21 articles n'apportèrent aucune modification, et aucun remède au mal que l'on connaît. Cependant de ce mal, dont on souffrait, l'on commença aussitôt après la Révolution de 1848 à s'en occuper de nouveau. Nous allons voir comment.

1. Planiol, t. II, p. 827.

2. V. rapport fait à la Commission formée par décision du Garde des Sceaux pour rechercher et proposer les modifications qu'il pourrait être utile d'introduire dans la législation relativement aux privilèges et hypothèques. Fait par M. Persil, pair de France, Imprimerie royale, 1848.

§ 4

Deuxième période. — De 1848 jusqu'à nos jours

L'Etat s'en est occupé et les propositions de particuliers s'occupant de la question, cette fois-ci encore ne manquèrent pas.

Le 15 juin 1849, le ministre nomma une commission qui élabora un projet de loi ; Persil en était le rapporteur. Ce fut le projet du gouvernement.

En la même année sur la proposition de Pougeard représentant du peuple à l'Assemblée législative et auteur lui-même d'un projet de loi, l'Assemblée nommait une commission de 30 membres pour examiner ce projet et celui du gouvernement. La commission qui eut à examiner ces deux projets jugea bon de fabriquer elle aussi un autre projet de loi qui s'inspira des deux précédemment cités et dont le rapporteur fut M. de Vatimesnil.

Le projet du gouvernement fut en même temps proposé à l'examen du conseil d'Etat qui lui aussi le modifia et nous donna un nouveau projet, dont le rapporteur fut M. Bethmont ; cependant ce projet n'arriva que le 9 juillet 1850, et le projet du gouvernement avait été dès le 4 avril 1850 porté à l'Assemblée. Nous aurons donc à nous occuper simplement des trois premiers projets à savoir : celui du gouvernement, celui de Pougeard et celui de la commission. Ensuite, simplement pour nous en faire une

idée, nous pourrons donner quelques détails succincts sur le projet du conseil d'Etat.

Nous avons dit que le rapporteur du projet de la commission chargée d'examiner le projet Pougeard, et celui du gouvernement, avait lui-même formé un contre-projet, si je puis m'exprimer ainsi, et qui n'était en somme qu'une refonte des deux précédents.

Nous allons examiner le rapport de M. de Vatimesnil tel qu'il a été exposé dans la séance du 25 avril 1850. Il a été imprimé à l'Imprimerie nationale. A la suite du rapport, on avait imprimé les trois projets, commission, Pougeard et gouvernement. Aussitôt après le rapport, on avait mis sur les pages numéros pairs les projets Pougeard et gouvernement, *in extenso*, l'un à côté de l'autre en deux colonnes, et sur les pages numéros impairs, le projet de la Commission, de sorte que l'on peut les avoir tous les trois à la fois sous les yeux et les juger comparativement.

Examinons en substance ce que contenait le rapport. Il fait d'abord la différence entre ce qu'est le crédit foncier, et l'institution que l'on nomme « Crédit foncier », car en ce moment-là on commençait déjà à réclamer un établissement de ce genre qui servirait à procurer le crédit. Avec beaucoup de bon sens, il nous dit que si c'est un particulier, ou un établissement de crédit qui prêterait de l'argent, les mêmes réformes seront demandées. Pour l'un comme pour l'autre, il faudra : « des garanties ». C'est donc sur

ce point qu'il faudra diriger toute son attention. Il ajoute : « le système hypothécaire est jugé il faut en revenir à l'hypothèque complète et absolue » ainsi donc, remarquons que M. de Vatimesnil avait envisagé la question au même point que nous-même dans le cours de cette étude, car nous avons dit que la première condition pour un bon régime hypothécaire, c'était une large publicité. Nous verrons du reste, par la suite, que cette idée n'était pas propre à M. de Vatimesnil mais qu'elle était la préoccupation constante de tous ceux de son temps. A la page 30-34 de son rapport, en parlant des obligations transmissibles, il les compare au droit commercial et nous dit « les avantages que présente le contrat transmissible, par voie d'endossement sont évidents, ils n'ont pas besoin d'être indiqués ». Il nous montre ensuite, chose que nous avons déjà indiquée, la difficulté du transport de créance, tel que l'organise l'article 1690 du Code civil.

Avant d'en finir avec ce rapport dégageons-en tout de suite cette idée qu'il contient, et qui nous sera utile plus tard à l'étude du décret de messidor.

Pour la transmission du titre hypothécaire, il le dit clairement, c'est le droit commercial qui les inspire, ce qui nous donnera cette conséquence bizarre : nous aurions en droit civil comme en droit commercial un recours successif d'endosseur à endosseur, pour le titre transmis.

Revenons un instant à notre rapport; en citant l'enquête faite par Martin (du Nord), il dit que la

Cour de Bordeaux dont il cite un passage fut favorable à la transmission par endossement. Les adversaires de ce système (endossement) vont un peu trop loin dans leur haine, et sont par trop peureux en disant « on veut donc faire revivre les cédules hypothécaires de la loi de messidor ! » C'est l'avis de M. de Vatimesnil. Il nous parle ensuite de cette loi de messidor et commet l'erreur que les recherches récentes de M. Flour de Saint-Genis ont comblée depuis, d'affirmer la non-application de cette loi, il nous dit ensuite et avec raison cette fois (p. 33) que ce décret fut rendu dans un but purement fiscal (1) et trouve que si le Code hypothécaire a eu si peu de succès, il faut s'en prendre au mode de création du titre, à sa nature même et non à sa manière de circuler. « Le propriétaire en se faisant délivrer des cédules mobilisait le sol et le convertissait en papier monnaie » il se défend d'avoir voulu emprunter à la loi de messidor son système et l'hypothèque sur soi-même ; en cela nous ne savons pas s'il a raison, mais nous pouvons constater que lui et les autres en ayant l'idée d'une circulation facile par voie d'endossement, bien qu'en s'inspirant fortement du droit commercial avaient quand même pensé, peut-être sans le vouloir au contenu de la législation de l'an III, car cette législation ne désire elle aussi qu'une bonne circulation facile et rapide.

Continuant son rapport, M. Vatimesnil nous donne

1. V. *infra*, l' « Etude du décret de messidor ».

ensuite un aperçu des pays où il existe une plus facile circulation des titres et observe les bons résultats qui en ont découlé et qui se résument en cette constatation : la baisse de l'intérêt. Revenant à son idée de publicité il commence à nous parler de la loi de brumaire.

Nous avons pris ici et analysé le passage relatif à la circulation des hypothèques, les autres fort nombreux n'intéressant pas directement notre sujet, nous les passons sous silence.

Sur la question de la transmission de l'hypothèque par voie d'endossement, les trois projets étaient d'accord.

Projet Pougeard dans son article 31 ; projet du gouvernement dans l'article 2140 ; projet de la commission, article 2126 sont d'accord sur ces points : Hypothèque endossable ; l'hypothèque conventionnelle se forme par acte authentique non en brevet, à noter que Pougeard demandait que les obligations au-dessous de 500 francs soient rédigées en brevet et à ce titre même exécutoires par elles-mêmes.

Déclaration au conservateur des hypothèques qui inscrira les cessions en marge de l'inscription. De cette manière, cette hypothèque endossable devenait effective à l'égard des tiers dès ce jour là seulement.

Adoption de la clause à ordre.

Nous voyons donc que sur les points qui nous intéressent ces trois projets étaient d'accord. Il nous faut constater encore que tous trois étaient aussi d'accord

pour un système de large publicité, ils consacraient aussi la suppression de l'hypothèque judiciaire.

Voilà pour les lois. En ce qui concerne les particuliers ils voulurent contribuer eux aussi, et cela, par des brochures, à donner des conseils sur la question si intéressante de la réforme hypothécaire. Citons-en quelques-uns simplement et rapidement.

Du crédit foncier et de la réforme hypothécaire, mémoire élaboré par la Compagnie des notaires de Châlons-sur-Marne sur rapport de M. Cocquat, président du tribunal, (Imprimerie de Châlons-sur-Marne).

Projet présenté par le citoyen Bouzigue, représentant du peuple (25 juillet 1850, Imprimerie nationale).

J.-B. Jossau (1851, article dans la *Gazette des Tribunaux*).

Meaux 1851 : Un mot sur la réforme du régime hypothécaire par un conservateur des hypothèques (anonyme).

On pourrait en citer bien d'autres encore, disons cependant qu'en règle générale tous reconnaissaient qu'il fallait faire quelque chose pour le crédit foncier et que l'idée de remplacer le système de clandestinité par celui d'une large publicité leur était presque à tous, commune.

Quelques mots, maintenant, sur la manière dont fut accueilli le projet du gouvernement au conseil d'Etat. Il fut fort mal jugé, quant à la transmission des hypothèques (1).

1. V. rapport du projet de loi relatif à la réforme du régime hypo-

Le rapporteur Bethmont était cependant, lui aussi, d'avis qu'il faudra ratifier l'idée très en honneur à ce moment-là nous l'avons remarqué et qui prédominait tout, concernant une large publicité.

Il constate que l'on achète beaucoup et qu'on prête peu (quant aux fonds immobiliers bien entendu) et dans ces conditions c'est surtout à la recherche d'un bon système relatif à la transcription des aliénations, qu'il faudra réfléchir avant tout. C'est vers ce but qu'il faudra diriger ses efforts.

A la page 8 de son rapport il se prononce contre l'hypothèque endossable, et constate, on dirait presque à regret, que tous les projets élaborés à ce moment-là n'aient pour but exclusif, que le crédit foncier ; il déclare que le Conseil d'Etat examine le projet du gouvernement à lui soumis, « en pensant à la conservation des intérêts de la famille » et que la question de l'endossabilité si elle est séduisante en théorie, devient très dangereuse en pratique. Finalement il se prononce contre la clause à ordre et demande dans son projet la constitution et la cession de l'hypothèque par *acte authentique devant deux notaires*.

Il était intéressant d'analyser brièvement, ce rapport car c'est à peu près la seule voie dissonante, que l'on entendit à ce moment-là dans le concert de louanges, que l'on adressait alors à l'hypothèque endossable.

thécaire adopté par le Conseil d'Etat. Rapporteur M. Bethmont.
Imprimerie Nationale. *Rapport du 9 juillet 1850.*

Revenons à présent aux trois premiers projets dont s'occupait l'assemblée et voyons ce qu'il en advint. Présentés à l'assemblée, ils ont été l'objet de deux délibérations ; par deux fois on les discuta. La troisième discussion, qui devait avoir lieu et que l'on attendait impatiemment, ne put pas avoir lieu et pour cause. L'Assemblée législative fut dissoute, le 2 décembre 1851 avant d'avoir pu voter ces réformes importantes, qui, si elles n'avaient point encore répondu à tous les besoins, auraient du moins franchi un grand pas dans le chemin du progrès.

On avait toutefois par trop étudié cette question hypothécaire et d'un autre côté, le besoin des propriétaires était toujours aussi pressant ; on reprit donc ces idées sous le second Empire. Nous avons vu que dans tous les rapports officiels depuis Persil jusqu'à Vatimesnil et Bethmont et aussi dans les œuvres des particuliers, on avait fait une large part même avant la transmission des hypothèques, au système de la publicité très large, considérant non sans raison que c'était un des premiers vices du système établi par le Code civil. Cette idée influençant les esprits donna naissance à la loi du 23 mars 1855.

Nous savons combien peu, cette loi modifiait l'état des choses, la situation dans laquelle on se trouve actuellement est due encore aux défauts de cette loi.

Avant de rechercher, si toutes ces tentatives de réforme qui n'aboutirent à rien, n'auraient pas pu être dirigées d'une manière beaucoup plus solide pour aboutir à un meilleur résultat par l'étude

d'un décret rendu bien avant le Code civil, et qui contenait très certainement la solution du problème, il nous faudra dire quelques mots d'un établissement bien connu qui fut créé dans le but de venir en aide au crédit foncier.

§ 5

L'établissement de la société du Crédit foncier de France et ses lettres de gage

Depuis longtemps on réclamait en France un établissement de ce genre, déjà dans le rapport de M. Persil, pair de France (1) on en pressentait la création. Enfin, un décret du 28 février 1852 complété par une loi en date du 10 juin de l'année suivante créa cet établissement tant désiré (2).

La Société qui fut organisée à ce moment-là existe encre aujourd'hui, elle est privilégiée et elle a le droit d'émettre des lettres de gage, ou pour mieux dire des obligations, car c'est sous ce dernier nom qu'elles sont surtout connues et appréciées. Voici ce que nous en dit M. Cauwès (3). Après avoir évalué la dette hypothécaire, il déclare : « Il est donc du plus haut intérêt de rechercher si, par l'organisation du Crédit foncier, on peut soustraire les acquéreurs ou emprunteurs aux exigences abusives des capitalistes

1. Déjà cité.

2. V. à ce sujet Josseau, *Traité du Crédit foncier*, d. cité.

3. *Traité d'économie politique*, p. 427, § 28.

et leur faire obtenir un crédit moins onéreux ». Et ensuite, à la page 428, il se pose la question de savoir si ces Sociétés, qui, étant en relations avec beaucoup de capitalistes non seulement de la métropole, mais encore de province et aussi avec des maisons de banque, ne pourraient point arriver à donner un taux moins élevé ; car le propriétaire cherchant isolément du crédit, ne pourra trouver des fonds que parmi les capitalistes de la localité, parmi ceux-là seulement qui connaissent son bien et peuvent traiter avec sécurité. Plus loin, en parlant de la réalisation du prêt, il ajoute : « Le propriétaire conservera la protection de l'acte notarié, il ne risquera pas, comme avec les cédules hypothécaires qu'il pouvait se faire délivrer directement par le conservateur des hypothèques, un acte imprudent sans la garantie de solennité et de formalités particulières ».

Comment M. Cauwès peut-il dire que la manière de délivrer des cédules était un acte imprudent ? Nous verrons plus loin en étudiant les cédules que leur délivrance était faite avec toutes les garanties désirables qui valaient bien l'acte notarié. Au reste, est-il bien certain que les notaires soient tellement dignes de confiance ? Il arrive bien souvent, nous ne parlons pas de Paris, mais de la province, des déceptions à ce sujet, sur lesquelles nous n'insisterons pas.

Le Crédit foncier fonctionne en France de la façon suivante. Il fait pour ainsi dire deux opérations qui se complètent l'une l'autre, ou du moins il devrait

en être ainsi :

1° Il prête sur hypothèque au taux de 4 1/2 0/0 et quelquefois 5 0/0 pour une durée de 75 ans. Mais il ne prête que sur *première hypothèque et pour la moitié seulement de l'immeuble*. Ceci est intéressant à remarquer.

2° L'opération qu'il doit faire ensuite est la suivante : pour les sommes qu'il a prêtées, il émet des lettres de gage (obligations au porteur) qui seront achetées par les capitalistes en quête de placement de fonds, et ces lettres de gage feront rentrer dans la caisse de l'établissement l'argent qu'il aura dépensé pour les prêts consentis. Cependant, ces deux opérations ne sont pas immuablement et obligatoirement rattachées l'une à l'autre. Elles n'ont pas besoin d'être faites simultanément ; ces deux opérations, aux yeux des emprunteurs et des prêteurs, paraissent même tout à fait indépendantes ; ceux-ci, (les emprunteurs et les capitalistes), ne se connaissent point et ne sont pas du tout en relations les uns avec les autres, en ce sens qu'en cas de non-paiement de la part du débiteur, c'est la Société qui poursuit pour son propre compte, et en cas, on peut le supposer, de non-paiement de la part de la Société envers les détenteurs de lettres de gage, ces derniers n'ont un recours que contre ladite Société. Aucun recours possible contre les propriétaires des immeubles hypothéqués.

La Société du Crédit foncier sert donc d'intermédiaire entre les capitalistes et les propriétaires. Mais

il serait peut-être mieux de dire qu'elle sert de courtier, car alors que cet établissement se fait payer jusqu'à 5 0/0 d'intérêt, lui, il n'en donne que 3 0/0 et même on parla un moment d'abaisser ce taux à 2,60 0/0. La différence restera donc pour lui. Par conséquent, comme le dit fort bien M. Planiol (1), il est un intermédiaire très onéreux entre les capitalistes et les propriétaires. Il est évident que pour la petite épargne les obligations foncières sont encore d'un assez bon placement, car, si l'intérêt qu'elles donnent n'est pas énorme, on donne en échange de grandes facilités de paiement. La meilleure preuve de ce que nous avançons est l'engouement que le public montra lors du dernier emprunt émis par la Société du Crédit foncier (9 janvier 1909), et qui fut couvert en quelques heures; il aurait même pu être couvert plus de quatorze fois et la Société n'a pu donner qu'une action sur dix environ.

Cependant, le Crédit foncier malgré l'argent qu'on lui porte ne donne pas les résultats que l'on attendait de lui. M. Charles Gide (2) est d'avis qu'il (l'établissement du Crédit foncier) n'a rien fait pour l'agriculture mais qu'il n'a servi que d'instrument de spéculation pour la construction des immeubles en ville. Sur 4 milliards et demi moins d'un milliard seulement est allé aux campagnes. Ceci est concluant, la Société du Crédit foncier très pratique et très bonne pour les capitalistes n'apporte pas aux

1. P. 827, t. II, note 1.

2. *Précis d'économie politique*, p. 328, note 1.

propriétaires les remèdes au mal dont ils souffrent et cela pour les motifs que voici :

1° Elle ne prête que sur première hypothèque et jusqu'à concurrence de la moitié de la valeur vénale de l'immeuble.

2° Elle ne dispense pas d'avoir recours aux notaires, et nous savons à ce sujet combien les frais sont considérables de ce côté.

3° Elle consent les prêts à un taux de 5 0/0, elle prend de l'argent à un taux de 3 0/0. Il y a donc une différence, différence qui serait bien mieux placée dans le portefeuille de l'emprunteur que dans celui de la Société du Crédit foncier.

Il a été prouvé en outre par chiffres, qu'il ne rendait pas les grands services qu'on en attendait ; il a en somme pour les petits emprunts les mêmes défauts que l'hypothèque purement et simplement.

Nous avons donc examiné successivement le régime du Code civil, ses défauts et ce qu'on a fait depuis par différentes voies pour le corriger ; nous voici de nouveau arrivés à l'époque actuelle. La solution pourtant n'est pas encore trouvée. La situation n'est point meilleure, la terre réclame sans cesse, les petits propriétaires geignent continuellement, que faut-il faire ?

Nous avons déjà dit en parlant du régime hypothécaire que le premier mal consistait dans le système organisé par la loi de 1855. Nous savons que de ce côté il y a bon espoir, et que la question est à l'étude avec toute la sollicitude possible.

Nous n'avons donc plus à nous occuper à présent que du deuxième défaut, celui de l'*immobilité* et de la cession onéreuse et lente de l'hypothèque. De ce côté-ci, on ne s'occupe pas assez de la question. La mobilisation du crédit hypothécaire a beaucoup d'adversaires, nous croyons que ces derniers se trouvent dans leur tort; c'est sans nul doute bien souvent à ces ennemis, que l'on doit la situation actuelle.

Il faudra pourtant réagir quand même et le remède est fort simple à trouver. Il n'y a besoin de rien inventer. Le Code civil en 1804 et depuis lui tous ceux qui ont essayé une réforme quelconque du système hypothécaire auraient pu trouver le moyen. Il était sous leurs yeux, mais ils n'y ont pris garde, et ils ont craint de faire œuvre trop hardie. Cependant, des pays étrangers, l'Allemagne, et bientôt verrons-nous la Suisse, qui ont ressenti les symptômes du même mal que la France, ont réagi en s'inspirant de sources d'origine française sur lesquelles les rédacteurs du Code civil et leurs successeurs n'ont pas osé jeter un regard plus attentif.

Nous allons tâcher de ne pas faire comme eux, et c'est pour cela que nous examinerons attentivement le décret de messidor an III; et, sans nous occuper du but pour lequel il fut créé nous essayerons de voir le parti que l'on peut tirer de sa merveilleuse invention, « l'hypothèque sur soi-même ».

CHAPITRE IV

LE DÉCRET DE MESSIDOR AN III, SON ORIGINE, SON ANALYSE, SON FONCTIONNEMENT, SES DÉFAUTS ET SES QUALITÉS

§ 1

L'origine et la création du Code hypothécaire

La législation établie par le décret du 9 messidor an III (27 juin 1795) était, nous l'avons dit, un véritable modèle du genre, et fut copiée, tout au moins on lui fit des emprunts excessivement sérieux, non seulement en France où la loi de brumaire y puisa l'idée de la publicité, mais encore par les lois prussiennes qui y prirent, non seulement, l'idée de publicité, mais, encore celle beaucoup plus importante, de l'hypothèque sur soi-même. L'act Torrens lui-même ne serait, nous le verrons un peu plus loin lorsque nous parlerons de lui, qu'un petit-fils de la loi de messidor.

Le décret de messidor contenait ce qu'on était convenu d'appeler le Code hypothécaire.

Nous savons pourquoi, nous voulons étudier ce

Code ; c'est pour voir comment sa principale invention, la théorie de l'hypothèque sur soi-même, pourrait servir comme instrument de crédit. Eh bien, pourtant lorsque le législateur de la Révolution l'a conçu, ce fut dans un tout autre but que celui-ci. On cherchait une chose, on en trouva une autre, et ce n'est certainement pas par la volonté de ce législateur que nous avons été dotés d'une aussi bonne institution ; mais le but n'y fait rien, nous n'avons après l'avoir indiqué qu'à nous en désintéresser. Toujours est-il que c'est dans un but de simple fiscalité que ce décret fut rendu. Il n'y a pas besoin pour cela de tirer des conclusions de la façon même dont est constitué ce décret, ce qui, à la rigueur, pourrait être un moyen, car nous avons à ce sujet des documents probants. Dans son rapport déposé le 16 floréal an III, Johannot, député du Haut-Rhin (1), disait que la cédule présente un placement solide à tous les porteurs d'assignats et aussi que la nation trouvera dans ce système de nouvelles ressources sans recourir aux assignats. Le doute ne peut donc plus subsister. C'était pour renforcer et pour remplacer les assignats qui étaient tombés tout à fait bas que l'on a créé les cédutes hypothécaires. Le but du législateur a été de « faire de l'argent » et non pas de produire du crédit.

Il est juste de se demander à qui revient le mérite d'avoir trouvé ce système consacré par le décret de messidor.

1. V. *Moniteur universel*, an III, p. 934.

C'est Mengin (1) qui, en creusant l'idée commune aux hommes de son temps, c'est-à-dire chercher à créer des revenus financiers autres que les assignats et les mandats créés à la suite de ces derniers, découvrit le premier, le système des cédules. Mengin fit paraître d'abord une première brochure intitulée : *Nouveau plan de l'hypothèque* (par Philippe Martin Mengin, sans date), et puis ensuite, peu après, une autre brochure : *Des développements des résultats du nouveau code hypothécaire par rapport à la régénération des finances*.

L'idée dominante était dans ses ouvrages, la garantie de l'Etat pour l'évaluation des biens ; la création de banques de crédit, et aussi en relations avec celles-ci le système des cédules hypothécaires, ces dernières surtout dans sa deuxième brochure.

Il comparait lui aussi les cédules aux lettres de change. La brochure première de Mengin fut présentée à l'Assemblée législative, qui n'y prit point garde pour l'instant ; elle ne fut pourtant pas oubliée et en 1793, Verrieu, rapporteur de la commission de législation, dressa un rapport enthousiaste de l'œuvre qu'il avait revue et complétée. Plus tard, le député Johannot, du Haut-Rhin, fit un rapport, lui aussi, au nom du Comité de salut public de finance et de législation réunie, enfin Théodore Vernier en fut le dernier rapporteur ; il présenta le

1. V. pp. 96 et suiv., Rondel, *De la mobilisation du sol en France*, 1888.

Code hypothécaire à l'Assemblée avec addition d'un plan de finances en 26 articles ; on temporisa tant que l'on put, on essaya toutes sortes de moyens, mais enfin, le 9 messidor an III, le projet fut accepté presque sans aucune retouche.

Voici donc très brièvement tracé l'historique du décret de messidor ; voyons maintenant quelles sont ses principales innovations.

On est généralement tenté de dire que la principale nouveauté du décret de messidor était l'introduction en France du système de la publicité (1). M. Besson le dit et presque tous les auteurs pensent de même (2). C'est une erreur de croire cela ; d'abord nous avons vu, en étudiant l'évolution de l'hypothèque, que déjà, au temps des Romains et des Grecs, le système des bornes indicatrices donnait une idée de la publicité ; d'un autre côté nous savons que cette idée de publicité avait eu du succès au moyen âge, et par la suite nous avons vu le projet de l'édit de Colbert, qu'il fut du reste obligé de retirer. L'expression même, *pays de nantissement*, et les habitudes qu'on y avait, nous sont la meilleure preuve que la publicité n'est point une idée nouvelle, mais qu'elle germait déjà depuis longtemps.

Le décret de messidor n'a donc rien inventé du tout à ce sujet.

1. V. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire en France*, p. 86.

2. Cballamel, *Cession des créances hypothécaires*, p. 23.

Il a perfectionné, et il a consacré un principe qui cherchait depuis longtemps déjà à se faire jour, c'est tout, sur ce point. Au reste, déjà même avant le décret de messidor, des systèmes de publicité avaient existé dans les pays voisins (1) ; ainsi, nous pouvons citer le décret de 1707 qui avait été émis en Prusse ; en outre, lorsque nous verrons l'étude des Handfeste de la ville libre de Brême, nous constaterons que là aussi, bien avant encore, un système de livres fonciers avait été essayé. •

L'idée de publicité n'est donc pas venue toute seule à l'esprit du législateur de l'an III ; l'idée qui lui est propre, celle qui réellement est de son invention, c'est l'hypothèque sur soi-même, car nulle part ailleurs on ne la trouve avant lui. Répétons-le bien, ce qu'il y a eu en Prusse avant 1872, ce furent des tentatives d'introduction de livres fonciers, tout ce qu'on fit était en vue de la publicité ; mais ce n'est qu'en 1872, donc bien après le décret de messidor, que l'on institua en Prusse les bons fonciers ; l'exposé des motifs de cette loi et le texte même de celle-ci que l'on trouve à l'article cité de M. Gide, prouvent bien que l'on ne savait rien avant 1872. Par conséquent, c'est bien au législateur de la Révolution que l'on doit attribuer la paternité de l'hypothèque sur soi-même. A côté de celle-ci, il avait aussi organisé un système de publicité : les

1. Paul Gide, Art. extrait de l'*Annuaire de la législation étrangère*, 1873. Sur la réforme hypothécaire en Prusse.

déclarations foncières ; cela s'explique parfaitement et prouve qu'en ce temps-là on avait déjà très bien compris qu'un système hypothécaire, et surtout le leur qui devait arriver à inspirer le plus de confiance possible, vu le but dans lequel il était créé, ne pourrait arriver à rester debout que si on l'entourait de toutes les garanties possibles ; or, la première qui est nécessaire, c'est une large publicité autant pour les hypothèques que pour les translations de propriété.

Nous verrons du reste plus loin en étudiant la législation allemande, que celle-ci aussi était imbue du même principe.

Ce décret de messidor forme ce qu'on appelle le Code hypothécaire ; nous allons l'étudier dans sa teneur, en voyant et commentant les principaux points qui nous intéressent ; ensuite, nous verrons son fonctionnement, et puis pour terminer nous verrons ses défauts et ses qualités et aussi nécessairement les causes déterminantes de sa chute.

Le décret de messidor, composé de 279 articles (1), est en relation directe avec le même décret du même jour portant sur les déclarations foncières. Etant donné que pour pouvoir prendre hypothèque il fallait d'abord faire sa déclaration foncière, c'est par conséquent de celle-ci que nous devons parler tout d'abord.

1. V. *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, etc.*, de J.-B. Duvergier, t. VIII, 1835.

			VALEUR	
			en revenu net	en capital
	arpents, perches,	nombre d'articles.		
Maison et bâtiments. . .	.	.		
Jardin.	.	.		
Terres labourables . . .	.	.		
Vignes.	.	.		
Moulin.	.	.		
	arpents, perches,	articles.		
Total.	.	.		
2 ^o A la mesure de . . . pieds . . . pour perche,				
et . . . perches pour arpent.				
	arpents, perches,	nombre d'articles.		
Terres labourables . . .	.	.		
Bois.	.	.		
	arpents, perches,	articles.		
Total.	.	.		
Totaux semblables, en revenu net et annuel . . .			liv	
Et en capital				liv.

Fait à canton de département de le
l'an de la République française, etc.

(Signature du déclarant).

ATTESTATION

Par-devant notaire public à soussigné,

Est comparu le citoyen J. laboureur, demeurant à

Lequel a attesté que la déclaration foncière ci-dessus et des autres parts, est son propre fait, dont acte.

Fait et passé à en l'étude, avant midi, le an
de la République française, une et indivisible, en présence de
et de demeurant à témoins soussignés.

(Signature du déclarant, des témoins et du notaire).

Enregistré à le l'an n^o page
f^o du registre. Reçu

(Signature du receveur des droits d'enregistrement).

DÉPÔT

Déposé au bureau de la conservation des hypothèques, à . . . le . . .
 an . . . et inscrit n° . . . page . . . du registre. Reçu . . .
 pour droit fixe ; plus . . . pour droit proportionnel sur la valeur
 capitale.

(Signature du conservateur des hypothèques).

Déposé au greffe de la commune de . . . le . . . an . . . et
 inscrit n° . . . page . . . du . . . registre. Reçu . . .

(Signature du secrétaire-greffier de la commune).

Le décret régissant la matière, contient 35 articles et, est divisé, en une introduction, et quatre chapitres comme suit :

1^o Prescriptions générales sur les déclarations foncières : Chapitre I. Des formes intrinsèques de la déclaration foncière ; Chapitre II. Des formes extrinsèques de la déclaration foncière ; Chapitre III. Du dépôt des déclarations foncières ; Chapitre IV. De la publicité des dépôts.

La caractéristique principale de ce décret, et, le point important qu'il contient, c'est qu'il ne laisse échapper aucun bien à son autorité. Tous les biens territoriaux sont soumis à cette formalité. La déclaration foncière (art. 12) se fait par écrit et séparément pour chaque commune (art. 13), à Paris pour chaque arrondissement (art. 14) en cas d'indivision absolue d'une propriété il faudra que chaque propriétaire fasse sa déclaration. Quant à la personne qui doit faire la déclaration nous avons : le propriétaire lui-même (art. 1^{er}) ou son fondé de pouvoirs qui est tenu de faire sa déclaration ; en cas de minorité ou d'interdiction, l'article 2 édicte que ce sera le tuteur ou le

curateur qui sera chargé de faire la déclaration ; à la fin du décret sur ce point on trouvera des formulaires qui montrent les termes mêmes dans lesquels il faut faire sa déclaration. Les époux eux-mêmes sont obligés de faire (art. 3 et 4) une déclaration chacun pour sa part. Il est intéressant de constater, nous verrons que le Code hypothécaire est rédigé de la même façon, combien ces lois ont pris soin de ne rien laisser qui puisse prêter à l'équivoque, tout y est minutieusement réglementé.

Bien peu de lois aujourd'hui pourraient se parer de la même gloire.

Pour les biens des communes c'est un des officiers du Conseil municipal ou bien l'un des membres du Conseil général qui sera tenu aux termes de l'article 8 d'en faire la déclaration. Les domaines nationaux seront déclarés par le préposé aux droits d'enregistrement et enfin même les rues et carrefours seront soumis à la déclaration qui devra être faite par l'agent national de la commune. On voit donc que le domaine public, comme le domaine privé, étaient soumis à cette formalité.

Pour éviter des fraudes on a pris soin dans l'article 10 d'édicter que quiconque déclarera des biens ne lui appartenant pas sera tenu de payer des dommages-intérêts au véritable propriétaire, dommages qui pourront atteindre jusqu'à 50 fois la valeur de l'immeuble. Dans le premier chapitre des formes intrinsèques, on énonce la contenance que doit avoir la déclaration, c'est-à-dire : les nom, âge et qualités du

propriétaire, la description détaillée de son immeuble et l'indication de ses limites, et il est demandé aussi, qu'on y déclare la valeur de l'immeuble « tant en revenus nets annuels qu'en capital ou prix vénal, séparément pour chaque article » (art 15, alin. 3). Cela est intéressant à constater car nous verrons plus loin que, lorsqu'on veut prendre hypothèque sur soi-même, malgré cette dernière précaution que nous avons indiquée, on tient en fait très peu compte de cette déclaration et que bien au contraire elle pourra devenir une source de conflits.

En outre, le propriétaire est tenu de déclarer de qui il a acheté son bien et le prix qu'il l'a payé.

La déclaration foncière se faisait en triple expédition et sur papier libre ; l'article 20 détermine même les formats : « moyen suivant le tarif de la loi .. »

Une disposition importante contenue dans ce décret était, que le propriétaire ou son fondé de pouvoirs devait aller se faire, pour ainsi dire, authentifier par un notaire, lequel déclarait que c'était bien la personne qui devait faire la déclaration foncière.

Une fois ces formalités, que nous venons d'indiquer, terminées, il ne restait plus qu'à déposer sa déclaration selon les formalités suivantes : la porter au conservateur des hypothèques qui en gardait un exemplaire et l'inscrivait sur son registre spécial à cet effet ; il contresignait les deux autres exemplaires (art. 27) qui étaient ensuite portés au greffe de la commune de la situation des biens ; là, de nouveau

on signait les exemplaires qui restaient et on en gardait un, qu'on inscrivait aussi sur un registre spécial à cet effet. Le troisième exemplaire, qui se trouvait cette fois, signé par le conservateur et au greffe, restait entre les mains du propriétaire. On trouve dans le décret, en outre mentionnés, les divers droits très minimes qui devraient être perçus pour l'accomplissement de ces diverses formalités. Les registres étaient publics, on pouvait en prendre connaissance librement; ceci est un point intéressant à noter dans cet essai de formation de livres fonciers. Nous retrouverons ce principe en Allemagne, mais ce n'est pas un principe fondamental des systèmes de publicité; il y a des pays où les livres fonciers (Angleterre) ont un caractère essentiellement privé. C'est pour cela qu'il était nécessaire d'attirer l'attention sur ce point. Après avoir vu comment se passait cette formalité intéressante et essentiellement nécessaire de la déclaration foncière, nous pouvons passer à l'étude du code hypothécaire lui-même.

§ 3

Le code hypothécaire, son fonctionnement

La caractéristique du décret de messidor nous le savons, consiste dans le principe de l'hypothèque sur soi-même; il vaut mieux croyons nous employer cette expression que celle de cédules hypothécaires: 1^o parce que c'est sous le titre d'hypothèque sur soi-

même qu'elle est inscrite dans le chapitre du Code relatif à la matière ; et 2^o parce que la cédule n'est en somme que le signe représentatif de cette hypothèque.

Il est intéressant de constater que le législateur, à côté de cette hypothèque négociable, a laissé subsister l'hypothèque pure et simple, hypothèque de garantie, celle qui se fait devant notaire et qui ne sera cessible qu'avec la même solennité. Pourquoi le législateur a-t-il fait cela, c'est la question que l'on peut se poser. Deux réponses peuvent être faites : ou bien il n'a pas voulu rompre avec la tradition, ou bien, et cela serait plus conforme au but pour lequel ce code fut conçu, il n'a vu dans la cédule qu'un moyen de battre monnaie et a laissé subsister l'hypothèque pure et simple pour servir d'instrument de crédit. D'une façon ou d'une autre, il n'a pas eu tort car deux moyens valent mieux qu'un seul, en n'importe quelle circonstance.

De l'article 1^{er} à 36, il organise l'hypothèque pure et simple, et détermine les caractères principaux de l'hypothèque *en général*, c'est pour ce dernier point qu'il est intéressant d'étudier ces articles. La première chose que le créancier a le droit de faire, et il est permis de penser qu'il usera largement de cette autorisation, c'est de demander au propriétaire, s'il a fait sa déclaration foncière (art. 32) ; le dépôt de la déclaration foncière est donc par conséquent la première des formalités à accomplir.

L'hypothèque est formellement définie c'est un droit réel et c'est un droit accessoire, qui est donné

sur les biens du débiteur pour sûreté de la créance (art. 2). Voici donc sa nature juridique déterminée par le législateur lui-même ; il ne devra donc plus y avoir de discussion sur ce point, et cela doit détruire la théorie qui veut, que l'hypothèque sur soi-même soit une hypothèque tout à fait indépendante. Mais nous reviendrons sur ce sujet plus tard.

L'hypothèque confère un droit de suite (art. 4), ainsi donc, le créancier pourra suivre la chose en quelques mains qu'elle soit. Le caractère juridique de l'hypothèque est par conséquent bien établi cette fois.

Pour l'hypothèque pure et simple elle se fera par acte authentique, c'est ainsi que s'exprime le décret dans son article 3. La cession des hypothèques ne peut se faire également que dans les mêmes conditions ; il faut bien retenir le contenu de cet article, car nous verrons par la suite que ces formalités onéreuses ne sont pas exigées pour l'établissement des cédules. Ces deux conditions que nous verrons plus tard sont des points capitaux qu'il ne faudra pas négliger.

Cependant, bien que l'hypothèque pure et simple soit d'un commerce lent et onéreux le législateur qui, dans sa pensée, l'avait laissée subsister pour servir d'instrument de crédit n'avait pas oublié toutefois, que de toute façon, il fallait que les hypothèques soient soumises à la publicité. C'est pour cela, sans doute, qu'il déclare dans le même article 3, traitant de la forme dans lesquelles elles doivent être passées, que la deuxième condition exigée pour la validité de

l'hypothèque, est, son inscription dans des registres publics ouverts à cet égard. Quels sont ces registres ?

On en trouve la nomenclature complète à l'article 223, ce sont :

1° Un registre du dépôt des déclarations foncières et procès-verbaux d'expertises ;

2° Un autre registre pour l'inscription des translations volontaires ou forcées, et dans lequel seront portées les notifications de revendications de propriété. Ce registre est celui, probablement, qui inspira la loi de brumaire et auquel nous devons, sans aucun doute, la loi de 1855 en vigueur de nos jours ;

3° Un autre registre pour les inscriptions de créances hypothécaires, réquisitions de cédules, et délivrance de cédules ;

4° Un registre pour la notification des créances hypothécaires ;

5° Un autre registre pour l'enregistrement des radiations de créances et de cédules hypothécaires ;

6° Le livre de raison des hypothèques à double partie, contenant sur la première le relevé par extrait des deux premiers registres et sur la seconde aussi, par extrait le relevé des trois registres suivants. Il avait une table alphabétique, et un registre de la délivrance de tous les extraits et expéditions, et de la recette journalière. C'était donc comme on voit un grand livre foncier, une sorte de répertoire, de tous les autres. La création de ces registres, véritables livres fonciers, est fort intéressante à constater car on y trouve l'organisation d'une publicité solide et

bien établie et l'on voit qu'en l'an III, on pensait non seulement à la publicité des hypothèques mais aussi à celle des translations de propriétés.

Dans cette loi on a supprimé complètement l'hypothèque tacite, « il n'y a plus d'hypothèque tacite » cela est écrit en toutes lettres, article 17, dernier alinéa.

L'hypothèque pouvait être de deux sortes, volontaire ou forcée, volontaire, quand elle était consentie par le débiteur lui-même, forcée quand elle résultait de jugements (art. 10-15). Après avoir vu combien de sortes d'hypothèques il y avait, cherchons à voir sur quoi elles portaient ?

Ce point avait été mal étudié par le législateur, car il avait négligé de rendre son hypothèque spéciale, ce qui est certainement une qualité primordiale ; mais il ne faut pas trop lui en vouloir on ne fait point œuvre parfaite en une seule fois, et il ne pouvait dans une œuvre aussi complète, que celle de messidor, ne pas laisser se glisser quelques lacunes.

L'article 26 porte ceci : « l'hypothèque inscrite s'étend sur tous les biens présents ou à venir de l'obligé ou du condamné situé dans l'arrondissement du bureau où l'inscription a été prise », car l'article 20 spécifie que le créancier peut prendre hypothèque chez tous les conservateurs dans les districts desquels le débiteur possède des biens territoriaux.

Mais on peut se demander alors, ce que veut signifier l'article 25, qui autorise le créancier à se faire inscrire partout où il le juge convenable « même dans les

arrondissements où son débiteur n'aurait aucune propriété territoriale? » Il faut croire que l'on n'a point pris garde à la rédaction de cet article.

Comme autre caractère important de l'hypothèque on peut constater l'obligation qu'il y a pour le titre de créance d'en porter le montant; « il n'y a plus d'hypothèques indéfinies ».

Les hypothèques sur soi-même n'avaient pas, elles non plus, une durée indéfinie, l'article 219 nous dit que pour les cédules hypothécaires il en est sur ce point exactement comme de l'hypothèque pure et simple et il déclare, que les cédules seront prescriptibles, mais cependant renouvelables, au bout de dix ans.

Le rang des hypothèques sera déterminé selon la table des inscriptions, il sera également déterminé par l'heure, pour les inscriptions prises le même jour (art. 23); le magistrat chargé de procéder à l'adjudication et à la procédure de l'ordre, sera le juge de paix du canton ou de la section où se trouve le bureau du conservateur des hypothèques. Voilà donc les principes de l'hypothèque tels que les énonce le code hypothécaire et nous savons que ces principes généraux régissent aussi l'hypothèque sur soi-même.

§ 4

L'hypothèque sur soi-même et les cédules

Nous venons d'arriver au chapitre II du Code qui traite de cette innovation en matière hypothécaire ;

SOUCHE ORIGINALE.	CÉDULE HYPOTHÉCAIRE	DOUBLE SOUCHE.
—	de livres.	
	Requise le l'an n° f° du registre.	Même modèle que pour le talon original
Cédule de requise le l'an n° f° du registre.	Département d district d arrondissement d canton d commune d	
Département d district d arrondissement d canton d commune d	Délivré le l'an n° f° du registre.	
Délivrée le l'an n° f° du registre.	Au l'an préfix, je soussigné âge de demeurant à m'oblige de payer, à ce domicile, sur la valeur de mes biens territoriaux, à l'ordre du citoyen dénommé au dos, la somme de en monnaie correspondante au marc d'argent fin, valeur reçue de la même manière.	
—	A ce l'an de la République française une et indivisible. (Signature du débiteur).	
Payable le l'an sousscrit par âge de demeurant à propriétaire de biens territoriaux dans l commune d de valeur capitale de	Je soussigné, conservateur des hypothèques de l'arrondissement d au bureau d certifie sur ma responsabilité, 1° que l citoyen a souscrit en ma présence la cédule ci-dessus, de la somme de payable le 2° qu' l est propriétaire dans l commune 3° que ces biens sont cotisés à de contribution foncière par an; 4° qu'ils sont de valeur capitale de suivant sa déclaration foncière de 5° que les hypothèques inscrites sur ces biens, ayant une date antérieure à la réquisition de la cédule ci-dessus, sont de la somme de faisant avec ladite cédule celle de En sorte que lesdits biens offrent une valeur libre de A le l'an de la République française une et indivisible. Inscrit le audit an, n° f° du registre. (Signature du conservateur).	
(Signature du débiteur).	Enregistré à le l'an n° f° Reçu (Signature du préposé).	
(Signature du conservateur).		
(Signature du débiteur et du conservateur).	(Signature du débiteur et du conservateur).	

pour l'étudier plus facilement nous suivrons le même plan qui a été suivi dans un chapitre précédent, lorsque nous parlions de l'hypothèque telle qu'elle existe actuellement ; c'est-à-dire, que, nous prendrons l'hypothèque sur soi-même dès le moment où le propriétaire la demande, et jusqu'au moment de son extinction. Observons-en aussi en même temps le mécanisme.

L'hypothèque sur soi-même (art. 41) ne peut être prise que par le propriétaire, de l'immeuble ou son fondé de pouvoirs, s'il ne savait pas écrire. Elle ne peut être prise pour un temps dépassant dix années ; et cette hypothèque ne peut porter que jusqu'à la valeur des trois quarts de l'immeuble (art. 36) et cela en faisant la déduction des hypothèques qui pourraient exister déjà sur cet immeuble. Le signe pratique par lequel se traduit l'hypothèque sur soi-même, se nomme cédula hypothécaire.

Quelles sont maintenant les formalités à faire pour l'obtention de ces cédules ?

La première, tout comme pour l'hypothèque pure et simple est, d'avoir fait, ou de faire sur l'heure sa déclaration foncière, car c'est la première chose que demandera le conservateur des hypothèques (art. 38). Ensuite il faudra communiquer les titres suivants dont on trouvera la nomenclature plus détaillée, à l'article 43.

1^o Les titres de propriété baux à loyer, etc., c'est-à-dire tous les titres qui ont servi de base à la déclaration foncière, et bien entendu, on y joindra cette dernière ;

2° L'extrait du rôle de la contribution foncière des biens du requérant, justifiant du montant de leur cotisation pour la dernière année et celle courante.

A la suite de la remise de ces titres, le conservateur remettait un récépissé au déposant et il était tenu de lui faire savoir dans les huit jours s'il contestait ou non sa déclaration foncière. Dans le cas où le conservateur acceptait la déclaration foncière telle qu'elle était faite, on passait à la délivrance des cédules.

Mais, *quid*, dans le cas où il allait la contester, ce qui devait être le cas fréquent sinon général ?

C'est ici que se place la question de l'expertise, question qui a été très discutée, et qu'on s'accorde également à considérer comme étant le principal défaut de ce décret ; nous reprendrons cette question dans le paragraphe suivant. traitant des défauts et qualités de ce décret, pour le moment occupons-nous seulement de savoir comment on organisait l'expertise.

Nous savons combien ce décret a été minutieux, il organise tout, il commence même par nous dire l'âge des experts et les conditions dans lesquelles ils peuvent être nommés, ce sont des détails dans lesquels il est inutile de rentrer.

Il y aura deux experts (art. 54), l'un nommé par le conservateur des hypothèques lors de son refus d'accepter la déclaration foncière telle que l'avait faite le propriétaire, et l'autre, expert était dans un délai de 10 jours maximum, choisi par le propriétaire.

Si les deux experts ne s'entendent pas, ils choisiront eux-mêmes un tiers expert dont la décision restera souveraine. Il est aussi intéressant de déterminer sur quels points, les experts auront à se prononcer, bien que cela soit assez aisé à deviner ; mais la loi n'a point voulu ici non plus laisser place, à l'équivoque et déclare « qu'en leur âme et conscience » (art. 49) les experts chercheront à déterminer « combien telle chose serait-elle louée, combien telle chose serait-elle vendue », et elle ajoute que les experts ne devront pas tenir compte du loyer actuel ni prêter une trop grande attention aux actes translatifs de la propriété « attendu qu'il pourrait y avoir eu vol ou fraude ». Une fois les experts nommés, ceux-ci avaient le droit d'examiner toutes les pièces déposées chez le conservateur des hypothèques et de se rendre sur les lieux, afin d'examiner l'objet du litige. Si les experts sont d'accord entre eux, ils rédigeront leur rapport en trois minutes (art. 64) dont une sera remise, au secrétaire greffier de la commune, la deuxième au conservateur des hypothèques, et la troisième au requérant cédulés (art. 72-73).

Envisageons maintenant le cas, où les deux experts seraient en désaccord ; il est nommé un tiers expert nous savons comment, celui-ci après un délai de cinq jours au moins rédigera son rapport toujours en trois exemplaires et décidera en dernier ressort.

Avant de passer à la délivrance des cédulés il nous faut voir qui supportera les frais de l'expertise : article 75 « chaque expert s'adressera à celui qui l'a

nommé pour obtenir le paiement de son salaire, sauf le recours d'une partie contre l'autre » ; il y aura donc un expert payé par le conservateur, et l'autre par le propriétaire. Mais au cas de nomination d'un tiers expert ? On avait pris soin de faire déposer au demandeur de cédules une somme d'argent à cet effet, et c'est sur cette somme qu'il sera payé, s'il y a lieu, à la fin de la tierce expertise ; quant aux frais ils se répartissaient comme suit (article 76) : Si le rapport déposé est au-dessous de la déclaration foncière, les frais incomberont au requérant, si la somme est au contraire au-dessus, les frais étaient payés, un quart par le conservateur des hypothèques et les trois autres quarts par le Trésor public.

Il ne reste plus maintenant au propriétaire requérant qu'à recevoir les cédules ; elles seront délivrées par le conservateur des hypothèques qui les détachera d'un registre à souche destiné à cet effet ainsi que nous l'avons vu. Les cédules ne peuvent être délivrées qu'un mois après la demande, et cela même s'il n'y a pas eu lieu à expertise ; cependant une disposition qui est intéressante à remarquer, est celle de l'article 79, « ces cédules confèrent sur les biens du requérant hypothèque à la date de la réquisition », en d'autres termes, l'hypothèque aura un effet rétroactif.

Une fois que le requérant aura accompli toutes ces formalités, et le conservateur aussi, la remise des cédules sera faite au premier, il acquerra de cette façon le droit de s'en servir « sans qu'aucune oppo-

sition principale ou en sous-ordre puisse être faite » ; donc, pour les cédules, une fois qu'elles ont été délivrées, il n'y a plus aucune crainte à avoir, elles sont inattaquables, ce qui n'est pas le cas des hypothèques pures et simples sujettes à opposition (1). Nous trouvons ici, par conséquent, une seconde différence essentielle entre l'hypothèque sur soi-même et l'hypothèque pure et simple. Nous avons signalé déjà, une première différence dans ce fait remarquable, qu'il n'intervenait point d'acte authentique pour l'établissement de l'hypothèque sur soi-même comme pour l'hypothèque ordinaire. Il nous faut signaler encore, une autre grande facilité que l'on accordait au propriétaire, et qui est contenue dans l'article 81. On lui permettait de fractionner la somme qu'il pouvait obtenir sur son immeuble, en autant de coupons qu'il voulait, et aux échéances qu'il désirait. Ainsi, s'il a obtenu 2.000 fr., il pourra se faire délivrer quatre cédules à 250 fr. et deux à 500 fr., et cela avec les échéances qui lui conviendraient le mieux, ceci ne doit pas nous échapper, car c'est un des principaux rouages, sur lequel se base ce système, et qui lui a été emprunté tel que par les législateurs qui en ont pris modèle. Une fois la cédule obtenue, comment s'en servait-on, et à quoi était-elle bonne ? Elle attendait dans le portefeuille du propriétaire, elle y sommeillait, comme dira plus tard le rapporteur du projet prussien de 1872, et quand on

1. V. art. 86 et suiv.

en aura besoin on la sortira de son portefeuille et on la négociera. La créance et son hypothèque naîtront alors et s'affirmeront réellement.

On peut céder une cédule sans aucune difficulté et c'est ici que se place la quatrième grosse différence d'avec les hypothèques pures et simples. Les cédules se transmettent par voie d'endossement à ordre, elles forment un titre exécutoire contre celui qui les a souscrites (art. 36, al. 3) ; ce même article contient une mention des plus intéressantes, car elle nous fait voir un caractère essentiel de la cédule, et qui nous prouve qu'en la créant son auteur n'a pas oublié qu'elle devait servir au *particulier*, et de ce chef, il lui a laissé un caractère conforme au droit civil.

Nous avons vu en effet, qu'en 1850, quand on chercha le moyen de faire circuler plus librement l'hypothèque après les recherches ordonnées par Martin (du Nord) dans tous les rapports, Persil, Bethmont et surtout Vatimesnil, on parlait de systèmes copiés sur le droit commercial pour donner à l'hypothèque une forme plus simple qui lui permette de circuler plus facilement, comme la lettre de change par exemple. Imbus de ces principes qu'ils avaient appris en étudiant le droit commercial, et ses facilités quant aux transmissions, ils avaient laissé subsister un recours entre les divers endosseurs des titres hypothécaires.

Ici rien de tout cela, la loi de messidor an III ne s'est inspirée de nulle part, elle a créé son système de toutes pièces, et a évité l'erreur des rapporteurs

signalée plus haut ; elle nous dit textuellement : « Il n'y a aucun recours de garantie d'un endossement à l'autre, excepté en cas de faux ». C'est une très bonne disposition, le recours aux endosseurs constituerait dans notre cas une gêne, tant pour la circulation des titres que pour la réalisation du gage final en cas de non-paiement. Les législations similaires ont du reste compris cette utilité et ont adopté ce point de vue.

Donc, nous voyons que le requérant cédulés, pouvait les faire circuler avec toutes les facilités désirables, et cela presque sans frais, car vraiment, sauf ceux qui sont dus pour l'obtention et qui sont minimales, il n'y aura aucune intervention du notaire en l'occurrence et donc point de frais.

Il faut nous poser encore la question de savoir quel intérêt avait-on à endosser les cédulés ? Aucun, la cédulés ne porte pas d'intérêt, il faut dès à présent retenir ce point, car : 1° il prouve que le législateur n'avait point l'intention d'en faire un instrument de crédit, mais bien un titre monétaire ; et 2° nous verrons plus tard que ce manque d'intérêts fut une des causes principales de son insuccès.

Supposons maintenant que l'échéance de la cédulés soit arrivée, qu'en adviendra-t-il ? Deux cas sont à envisager, celui où le débiteur paiera purement et simplement, et celui où le débiteur ne sera pas en état de payer. Examinons d'abord le premier qui ne saurait nous retenir longtemps. Au terme inscrit sur la cédulés, le premier endosseur retournera la

cédule à son propriétaire, à celui qui l'avait mise en circulation. Si celui-ci paie, tout est terminé. En effet, il ne faut pas oublier ce qu'a édicté le législateur à l'article 36 ; au nombre des diverses manières permettant de conférer volontairement l'hypothèque, et comprise celle, qui accorde à tout propriétaire de biens susceptibles d'hypothèque, la faculté de prendre une hypothèque sur soi-même. Or donc, l'hypothèque sur soi-même est une variété d'hypothèque ; celle-ci a été définie, nous l'avons vu, un droit réel accordé au créancier pour sûreté des engagements contractés avec lui. Quand le propriétaire a pris hypothèque sur lui-même, il y a bien une créance, c'est lui qui est son propre créancier ; bien entendu la créance ne se manifeste pas et l'hypothèque non plus jusqu'à son premier endosseur, mais c'est ainsi que le droit prendra naissance. En outre de cela, le propriétaire débiteur ayant une dette dont l'échéance aura été choisie à sa convenance, il est probable qu'il a eu l'intention de l'acquitter à ce moment-là ; la date de l'échéance se trouve encore, en outre, marquée sur la souche qui reste entre les mains du conservateur. Cette petite explication était nécessaire, pour démontrer qu'une fois l'échéance arrivée, même si elle arrive avant les dix années permises, le propriétaire ne pourra plus se servir de sa cédule. Dans d'autres législations imitatrices du décret de messidor, il n'en est pas de même (Prusse, 1872).

Après le cas normal de paiement, voyons celui où

le débiteur est insolvable, ou le créancier est obligé de sévir.

Selon les articles 110 et suivants, le créancier cédulaire faisait un commandement par ministère d'huissier, d'avoir à payer ; sinon dans les vingt jours on procéderait aux formalités de la vente forcée. En même temps, l'huissier devait déposer une copie du commandement au greffe de la commune. Mis en demeure, le débiteur avait la latitude de faire des offres réelles, mais il fallait que le créancier les accepta ; l'article 115 montre les formalités dites d'affiche, dont nous ne nous occuperons pas, vu leur longueur ; disons seulement que ces formalités sont très minutieusement réglées, et que l'affiche apposée valait saisie (article 117) ; on notifie au conservateur des hypothèques un procès-verbal d'affiches qui aura été fait sur réquisitoire du créancier par un huissier, et qui sera fait dix jours après l'apposition des premières affiches.

Le conservateur recevra avec ce procès-verbal les pièces nécessaires, qu'il gardera cinq jours au plus, et donnera ensuite ces pièces, énoncées dans l'article 116, avec un extrait du livre de raison des hypothèques, au magistrat qui procédera à l'adjudication et à la procédure de l'ordre.

L'adjudication ne pourra avoir lieu qu'un mois après le procès-verbal d'affiche, le décret règle le jour, et les formalités accessoires sur lesquelles nous ne pouvons nous étendre, et puis il édicte qu'elle se fera par un juge désigné au Tribunal du district

de la situation des biens. Ensuite le décret règle de la façon de procéder aux enchères, avec le système bien connue des bougies, et nous indique quelles seront les personnes admises à enchérir.

L'adjudication a lieu (art. 145), le conservateur est tenu d'y assister ; c'est même de cet article que nous pourrions tirer argument, car autrement cela n'est point écrit formellement dans la loi de messidor, pour affirmer que le conservateur des hypothèques a une grosse part de responsabilité.

Le conservateur aura la faculté dans le cas où il lui semble que le prix des enchères n'est pas assez monté pour couvrir les dettes à payer, de requérir la mise en adjudication à vingt jours de là sous les deux conditions suivantes :

« 1° D'en faire la demande sur-le-champ ;

2° De porter la chose à un dixième en sus du prix résultant de la première enchère. »

En ce qui concerne la responsabilité du conservateur des hypothèques, l'article précédent nous fournit lui aussi un argument, car dit-il, dans le cas où personne ne se présentera pour couvrir l'enchère le juge sera obligé de consulter le conservateur avant d'ordonner une mise à prix plus faible.

Enfin l'adjudication a lieu, au profit du plus fort enchérisseur bien entendu, mais, si le conservateur avait demandé la remise à vingtaine et s'il n'y avait point eu amateur au prix qu'il proposait, il en devenait adjudicataire (art. 148) ; on conçoit après la lecture des articles que nous venons d'énumérer combien

peu était agréable la situation de conservateur des hypothèques sous le régime de cette loi.

L'adjudication une fois faite, au bout de quarante jours, l'acquéreur déposait son prix à la caisse du receveur du district. Dès ce moment-là l'immeuble se trouvait affranchi de toutes les créances qui pesaient sur lui. Ce n'est plus sur l'immeuble que portera le gage des créanciers, mais bien sur le prix que déposera l'acquéreur.

Il reste à présent à déterminer le paiement, qui se fera par la procédure de l'ordre. Et c'est maintenant que nous devons éveiller notre attention, car, en ce moment nous allons voir les avantages qu'il y avait d'être créancier cédulaire plutôt que créancier hypothécaire purement et simplement. Pour le créancier cédulaire selon l'article 168 « la remise que le conservateur des hypothèques fera au juge de paix de l'extrait du livre des hypothèques, vaudra de sa part demande formelle en collocation, du montant des cédules hypothécaires, suivant l'ordre des hypothèques établies par le livre de raison, et il n'aura aucun autre titre ou pièce à lui déposer ». Ainsi donc, la vente par adjudication peut se faire, le possesseur de la cédula n'a pas à bouger, sauf bien entendu si c'est lui qui a procédé à la vente, il n'aura qu'à se présenter plus tard à la distribution des fonds, tandis qu'au contraire les créanciers hypothécaires ordinaires sont tenus de remettre au juge de paix leur titre de créance (art. 167).

Voilà donc, une cinquième différence, importante entre les deux sortes de créanciers.

Dès le moment de la fermeture de l'ordre, les créanciers possédant cédule n'avaient plus qu'à se présenter au juge de paix (art. 203), qui leur délivrait un mandat de paiement. Nantis de ce mandat, ils allaient chez le conservateur des hypothèques, celui-ci procédait alors rapidement aux formalités suivantes : il comparait les cédules à la souche de son registre, les biffait et les annulait, opérait leur radiation au registre, et mentionnait ensuite sur le double du mandat l'opération qu'il venait d'effectuer ; il ne restera plus maintenant au débiteur qu'à se présenter chez le juge de paix, le dépositaire acquéreur ayant déposé son argent. Il n'avait plus par conséquent qu'à se faire payer (art. 183-193).

Voilà donc comment l'on pouvait agir lorsqu'ayant cédule on n'était pas payé. Disons pour terminer que celle-ci, ainsi que nous l'avons vu dans le cours de cette analyse, pouvait s'éteindre encore par prescription au bout de dix ans, car l'on ne pouvait pas prendre une hypothèque sur soi-même pour plus longtemps. Il est encore nécessaire d'observer l'article 214 qui est ainsi conçu : « le propriétaire de biens territoriaux qui veut par la voie d'un emprunt substituer un créancier hypothécaire à un autre, ou à plusieurs, ou à la totalité de ceux dont les titres sont inscrits sur lui, est admis de le faire par le moyen des cédules qu'il peut requérir en remplacement de la créance hypothécaire. » Cet article nous prouve

combien le législateur avait à cœur, de généraliser le système des cédules hypothécaires, et il est à remarquer qu'il ne manquait pas l'occasion lorsqu'elle se présentait d'en faciliter l'emploi.

Bien que les questions relatives à la personne même du conservateur des hypothèques, puissent paraître sans importance, il faut toutefois en toucher un mot, car cela deviendra nécessaire pour établir une comparaison, lorsque nous en viendrons à étudier les autres législations par comparaison aux principes en vigueur en l'an III.

« Il ne pourra être choisi que des citoyens âgés de plus de 25 ans, intelligents et capables » nous dit l'article 236 ; en omettant cependant de donner le critérium par lequel on peut juger de l'intelligence des gens ; on règle aussi ses attributions et l'on institue un bureau de la conservation des hypothèques par chaque district. Le conservateur des hypothèques résidant à Paris, sera le chef suprême de tous les autres conservateurs de province, c'est lui qui les nomme, et qui les destitue. Bien que cela ne soit pas écrit dans la loi, nous pouvons en tirer cette conclusion, que le conservateur était un simple fonctionnaire, et notre conclusion se trouvera confirmée dans l'article 237 qui déclare les fonctions du conservateur incompatibles avec celles de percepteur de l'enregistrement, *juges*, greffiers, etc... Voilà donc un fait certain quant à la caractéristique du personnage. C'est un fonctionnaire, simplement, et non pas un juge, comme en Allemagne par exemple.

Ce point était le dernier qu'il nous fallait fixer; nous pouvons commencer à rechercher maintenant les causes qui firent échouer ce système après une trop courte application.

§ 5

Les défauts, les qualités et les causes d'insuccès, du décret de messidor an III

La première des causes, qui entraînèrent sa disgrâce est due au but dans lequel il fut créé. Nous avons vu qu'en le faisant on voulait simplement créer une monnaie nouvelle, qui remplacerait les assignats trop discrédités. Ce sont justement ces assignats par leur mauvaise réputation et leur mauvais résultat qui ont contribué à faire mal voir les cédules, qui étaient destinées à leur succéder. Les meilleures preuves à l'appui de cette opinion peuvent se trouver dans les lenteurs que l'on mit à discuter la confection même de cette loi et aussi dans la répugnance qu'on montra pour l'application. Plusieurs lois successivement, 30 vendémiaire an V, 19 prairial an IV, 28 vendémiaire an V, en suspendirent l'exécution (1).

Ces causes que nous venons de voir ont certainement beaucoup contribué à discréditer les cédules, mais cependant elles ne peuvent pas être impu-

1. V. *Recueil de lois*, déjà cité, J.-B. Duvergier, p. 152, note 1.

tées, à la loi elle-même. Ce sont des causes tout à fait indépendantes et qui sont dues aux circonstances et à l'époque, où le décret vit le jour.

Cependant il y a d'autres défauts qui en déterminèrent la chute et qui sont cette fois imputables à lui-même, à sa façon d'organiser le système de l'hypothèque sur soi-même ; les adversaires de la législation de l'an III ne manquent point de faire usage de ces vices d'organisation et de prétendre que ce sont des défauts capitaux. C'est une erreur de croire cela, l'idée de l'hypothèque sur soi-même est excellente, la preuve la meilleure se trouve dans les législations qui l'ont copiée ; il n'y a donc pas des défauts de constitution mais seulement des défauts de réglementation ; nous allons les voir et constater qu'ils sont parfaitement remédiables, sans atteindre pour cela l'essence même de la sûreté en question.

Procédons, pour énumérer ces défauts comme nous l'avons fait pour le fonctionnement, c'est-à-dire, supposons dès le début que le propriétaire voudrait prendre cédula sur lui-même. Il n'y a rien à dire, sinon du bien, jusqu'au moment de l'expertise. Là, généralement on s'accorde pour trouver qu'il y a vice du système ; j'ai attiré l'attention sur ce point en étudiant le décret.

La loi ordonne que si le conservateur n'accepte pas la déclaration foncière au taux qu'avait fixé le propriétaire lui-même, il faudra procéder à une expertise et même quelquefois à une tierce expertise.

M. Challamel (1) prétend que ce fût là une des causes déterminantes et peut-être la première de son peu de succès, il semble qu'à son avis, l'évaluation officielle des immeubles doit être considérée comme une erreur. Nous ne croyons point que cela soit exact ; l'utilité de l'expertise était nécessaire, le seul point qui pourrait sembler critiquable, est celui des frais qu'elle devait entraîner. Mais en somme les frais eux-mêmes étaient-ils si considérables ? Et pour commencer, le propriétaire n'avait qu'à accepter les conditions du conservateur, mettons que celui-ci aurait diminué de moitié la somme, cela aurait dû suffire, car il ne faut rien exagérer ; il est compréhensible et fort légitime d'emprunter pour ses besoins, mais il ne faut pas non plus exagérer, et ces besoins ne doivent être généralement plus considérables que ceux de l'immeuble lui-même, et ils ne doivent pas outre-passer la moitié de sa valeur ; il semble bien qu'ainsi la somme puisse être suffisante ; il ne faut pas que l'on emprunte sur son bien pour faire des spéculations car alors, on risquerait fort d'aller à la ruine.

Mais en admettant même que l'expertise ait lieu, le propriétaire n'aura à payer qu'un seul expert, celui qu'il aura désigné, la loi est formelle à ce sujet. Eh bien alors, faut-il donc, croire que les honoraires d'expert soient tellement élevés ? C'est peu probable et en tout cas une fois cette expertise faite, ce sera pour dix ans, il n'y a plus besoin d'y revenir. Alors que res-

1. Ouvrage déjà cité, p. 37.

terait-il encore à dire ? La tierce expertise ? C'était là un cas extraordinaire, et non pas le cas normal, et encore, ce n'était pas toujours le propriétaire qui supportait la dépense ; on a pu voir qu'elle ne lui incombait que lorsque l'estimation finale était au-dessous de la sienne. Cependant à la rigueur, pour ne pas être accusé de partialité, j'admets que ce défaut minime existait, mais que fallait-il donc faire ? Nous allons voir plus tard que dans les pays où l'on adopta le système de messidor, on s'est accordé généralement à supprimer cette expertise sous le prétexte qu'elle n'était pas possible à cause de ses défauts et qu'il valait mieux laisser au premier créancier le soin d'évaluer le gage hypothécaire.¹

La suppression de l'estimation officielle de l'immeuble présente selon nous deux inconvénients.

1° Les cédules sont fractionnées, par conséquent, quelqu'un qui prendra une cédule de 500 fr. ne doit généralement pas s'inquiéter de la valeur des immeubles. Les cédules sont faites pour circuler facilement. Or, si le premier créancier est tenu de se déranger pour aller lui-même évaluer l'immeuble, lorsqu'il s'agit d'un si petit prêt, il préférera plutôt ne jamais en prendre en premier endossement ; il laissera à un autre ce soin et ainsi de suite, on pourrait arriver de cette manière au résultat final suivant : la cédule deviendrait difficilement plaçable quant à son premier endossement ; ou bien alors au contraire, le premier qui prendra la cédule ne prêterait aucune attention à la valeur du gage en se disant que s'il

s'aperçoit d'un danger quelconque à la première occasion, il s'empresserait de la recéder; et alors nous arriverions encore à un discrédit de ce système.

2° Une autre hypothèse peut encore être envisagée : si on laisse au premier créancier la charge d'évaluer lui-même l'immeuble, il pourra arriver que des propriétaires peu scrupuleux s'entendent avec des individus de même espèce, et l'on pourrait alors évaluer l'immeuble à n'importe quel prix, ensuite ce qui en arrivera serait au détriment des débiteurs, car ce propriétaire ayant touché plus que la valeur véritable en profiterait pour disparaître, et délaisser l'immeuble. Il ne faut tenter personne, cette évaluation non officielle pourrait plaire aux amateurs de spéculations louches ; on aurait ainsi des opérations malhonnêtes, et il suffit d'une brebis malade pour contaminer tout un troupeau ; quelques cédules mises en circulation par ce moyen et l'on perdrait bien vite confiance en elles. Par conséquent à notre avis, le principe de l'expertise officielle n'est point si mauvais ; il n'a peut-être pas été étudié suffisamment dans le décret de messidor, il y aurait peut-être moyen de lui donner une autre forme moins coûteuse et cela nous tâcherons de le voir dans la conclusion de ce travail ; mais il nous est impossible de le considérer comme M. Challamel et d'en faire une cause principale d'échec de cette loi. Du reste on retrouvera cette question en étudiant la législation suisse qui est la plus récente en la matière.

Le défaut capital selon nous, se trouve au contraire dans l'improductivité d'intérêt des cédules. Elles ne rapportaient rien, et cela tient à ce que le législateur avait en vue non point de faire un instrument de crédit, mais de fabriquer du papier monnaie. Cela ne pouvait aller, l'hypothèque sur soi-même n'a de chance de réussite, que comme facteur d'obtention de crédit, en tentant par les avantages qu'elle offre le capitaliste en quête de placements. Or, peut-on admettre que l'on vous prête de l'argent sans en tirer des avantages? Non, et cela les imitateurs de l'an III l'ont compris, et y ont paré, nous verrons comment en temps et lieu (1).

Une autre grave défaut était la responsabilité tout à fait injustifiée, que l'on imposait au conservateur des hypothèques. Nous avons effleuré la question en voyant la manière dont on procédait à l'adjudication. Nous avons vu que le conservateur était obligé d'assister, à l'opération, et si le prix que l'on offrait n'était pas susceptible « de remplir les créanciers », il devait demander un délai de 20 jours et une nouvelle adjudication. Si donc il n'y a point d'enchérisseur donnant un assez bon prix pour couvrir les dettes, les créanciers pourront se retourner contre le conservateur, qui était (art. 36) « garant de la valeur capitale annoncée par la cédule et du montant des créances hypothécaires antérieures » par conséquent le conservateur sera obligé de payer le surplus sur

1. V. *infra*, *Les lois prussiennes*.

son propre patrimoine. Cette situation était intenable, si le décret de messidor avait été mis en application plus longtemps on s'en serait probablement aperçu et l'on y aurait remédié, comme l'ont fait les autres législations.

M. Besson (1) en parlant des Handfesten, déclare ce qui suit, quant à leur cession qui ne laissera aucune trace sur le registre foncier : « En France, au contraire, il faut absolument que l'acheteur sache où trouver le cessionnaire de l'hypothèque, s'il veut faire les notifications à fin de purge, d'où la nécessité d'inscrire sur le registre du conservateur toutes les cessions du titre hypothécaire. Comme on le voit, il n'est pas possible de tirer du régime des Handfesten germaniques une conclusion pour la pratique française ». Sur ce point, les Handfesten étant d'accord avec le décret de messidor, on pourrait imputer à celui-ci le même défaut, mais ce défaut est aussi facilement corrigible, nous le verrons plus tard dans le projet de M. Dain (2).

Voilà tout ce qu'on peut trouver à redire contre cette loi; malheureusement trop méconnue; à côté des défauts que nous venons d'énumérer, elle avait aussi de grandes qualités; bien qu'on ait pu les apercevoir rien qu'à la lecture du système et de son fonctionnement, nous croyons qu'il est juste d'en redire encore quelques mots ;

1. P. 43, *Les livres fonciers*.

2. *Revue algérienne*, rapport et projet de loi de M. Dain, professeur à la Faculté d'Alger, 1887.

1° Cette loi aidait puissamment à la mobilisation du crédit hypothécaire ; j'ai déjà dit antérieurement et il est temps d'y revenir, que cette loi ne constituait pas un essai de mobilisation du sol au sens propre du mot, et que l'hypothèque sur soi-même n'arrivait pas à ce résultat. Il y a mobilisation du sol quand le titre, dans ce cas la cédule, représente ce sol lui-même. Ici ce n'est point le cas, car dans les systèmes de mobilisation du sol on ne peut avoir comme gage que l'immeuble lui-même ; or, ici on a plus que le sol. Généralement on est d'accord pour dire, qu'en droit français le créancier a en outre de son gage hypothécaire, un droit de gage général sur le patrimoine tout entier de son débiteur ; et pourtant on n'a jamais dit que l'hypothèque est un instrument de mobilisation du sol. Eh bien ici avec la loi de messidor nous nous trouvons dans la même situation, sauf que le droit de gage général, à part celui particulier de l'immeuble, portera non plus sur le patrimoine du débiteur, mais sur le patrimoine même du conservateur des hypothèques. Cela, nous l'avons vu. C'est pour ce motif que nous préférons dire non pas mobilisation du sol, mais bien plutôt mobilisation du crédit hypothécaire ;

2° Une autre grande qualité de cette loi, était la suppression des formalités par acte authentique. Plus de notaire, et de ce chef plus de frais.

3° Pour la cession, plus de formalités onéreuses à accomplir.

4° Cession rapide par la voie de l'endossement.

5° En cas de vente forcée, suppression du délai d'un mois que l'on imposait au créancier hypothécaire pur et simple.

6° Beaucoup moins de formalités, pour les créanciers cédulaires, que pour les créanciers hypothécaires, en cas de non-paiement.

7° Le plus grand avantage, peut être ; et qui consistait dans le principe même : permettre au propriétaire de prendre hypothèque sur sa propre chose, c'est-à-dire, lui permettre, de pouvoir même quand il n'a pas un besoin immédiat prendre des cédules pour les jours où il en aurait besoin. Il profitera de cette façon du meilleur moment pour les mettre en circulation.

8° Enfin, un dernier grand avantage, c'est le fractionnement des cédules. On ne peut pas toujours trouver une somme assez importante, mais, on pourra trouver plus facilement plusieurs petites sommes. Et cela au fur et à mesure de ses besoins, car, ce qui arrive souvent actuellement et ce qui dans certains cas peut devenir désastreux, c'est le fait, que le propriétaire lorsqu'il a besoin de fonds pour son exploitation ou pour sa maison, et ne sachant pas exactement la somme qui lui est nécessaire, préférera en empruntant, demander une somme supérieure au chiffre approximatif qu'il présume, et cela pour ne pas avoir ensuite les difficultés d'un nouvel emprunt. Dans ces conditions, deux choses sont possibles : ou bien la somme qu'il a demandée se trouvera être trop forte, il dépensera moins que ce qu'il avait

demandé, et alors, il sera tenu de payer pour le surplus des intérêts absolument injustifiés, ce qui lui fera un emprunt des plus onéreux ; cet argent-là dormira dans ses caisses et ne lui rendra aucun service. Ou bien alors ayant l'argent, et n'ayant pas dépensé toute la somme se laissera-t-il tenter à faire des dépenses, plus que nécessaires et qui prendraient en ce cas un caractère voluptuaire. Avec le système de fractionnement des cédules, on n'a pas à craindre de pareils désagréments. On a les cédules en portefeuille, et on ne les laissera partir qu'au fur et à mesure de ses besoins.

Voilà donc, ce qu'était le décret de messidor et les excellentes dispositions qu'il contenait. Le meilleur argument enfin et qui, nous l'avons dit, militera le plus en sa faveur, c'est l'influence qu'il a eu sur les législations prussiennes.

Avant d'en terminer avec son étude, disons rapidement qu'il n'y a plus de discussion à avoir sur la question de son application. M. Flour de Saint-Genis (1) au hasard de ses recherches, rectifia l'opinion admise jusqu'à lui sur la non-application de ce décret ; il a été peu appliqué, mais il l'a été.

Une question se pose encore avant de clore ce chapitre. Nous savons qu'aujourd'hui on ne peut plus se servir de l'hypothèque sur soi-même comme instrument de crédit, cette idée a été abandonnée dès la loi de brumaire qui pourtant s'était inspirée directement

1. *Annales de l'enregistrement*, 1893.

du décret de messidor; en règle générale, on s'accorde à dire que le principe de l'hypothèque sur soi-même n'existe plus en France.

Est-ce strictement exact ?

Nous croyons pouvoir répondre par la négative. En effet, si l'on ne peut plus prendre hypothèque sur soi-même et s'en servir comme instrument de crédit, il existe encore en droit français un cas où l'on peut obtenir une hypothèque sur sa propre chose et s'en servir, mais, cette fois comme d'un moyen préventif. Le code civil ne parle point de ce cas d'hypothèque sur soi-même, mais il résulte implicitement de l'article 1251 alinéa II qui traite un cas de paiement avec subrogation : « la subrogation a lieu de plein droit : au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ».

Ainsi donc l'acquéreur ayant payé son prix entre les mains des créanciers de son vendeur, se trouvera dans la situation d'être en même temps propriétaire et créancier hypothécaire de son propre immeuble. Peut-on dans ce cas nier que ce soit une véritable hypothèque sur soi-même ? Non, assurément, nous ne croyons pas que l'on puisse dire cela ; on ne le dit pas du reste, et lorsqu'on étudie le paiement avec subrogation on considère le cas que nous venons d'indiquer comme très intéressant ; on se demande à quoi sert cette situation, mais on ne se demande pas quelle peut en être l'origine.

M. Planiol écrit en constatant ce cas de subroga-

tion, et en se demandant quel peut bien être l'intérêt de cette situation cette phrase textuelle (1). « A quoi peut servir la subrogation de cet acquéreur d'immeuble ? Subrogé aux droits des créanciers hypothécaires, il a désormais *hypothèque sur son propre bien*, situation bizarre et dont on n'aperçoit pas la raison d'être à première vue ». Par conséquent, il n'y a pas de doute possible, hypothèque sur son propre bien est écrit en toutes lettres. Cependant malgré cela, il ne nous donne pas l'explication de l'origine de cette hypothèque produisant cette situation bizarre. Et généralement on fait ainsi ; on constate le cas et l'on passe sans s'apercevoir même parfois de cette particularité, à savoir que le principe de l'hypothèque sur soi-même, qui n'est écrit nulle part au code existe cependant en droit français. Il est donc juste de conclure que le principe subsiste encore en droit actuel. L'hypothèque sur soi-même est par conséquent, aujourd'hui, simplement paralysée mais elle vit encore, faiblement, elle est paralysée en ce sens que l'on n'a pas pourvu à son organisation afin de lui faire rendre les effets naturels qu'elle devrait produire en faveur du crédit. Mais elle n'est pas morte tout à fait et le cas que nous venons de voir prouve qu'elle est parfaitement compatible avec les principes actuels en vigueur en France.

En temps qu'instrument de crédit, on ne s'en sert plus ; elle a fait comme certaines œuvres artistiques

1. Planiol, *Manuel de droit civil*, t. II, p. 465, § 498.

qui, lorsqu'elles ne sont pas appréciées en France, vont d'abord recevoir leur consécration à l'étranger et reviennent ensuite chargées de gloire, s'imposer dans leur pays d'origine. Il serait à souhaiter qu'elle puisse un jour rendre les services, dont elle est capable, en France, afin de récompenser ses intelligents inventeurs. Nous allons en venir à présent à la deuxième partie de cette étude traitant de la législation étrangère.

DEUXIÈME PARTIE

LA LÉGISLATION ETRANGERE

CHAPITRE V

LES LOIS PRUSSIENNES DE 1872 LES HANDFESTEN DE LA VILLE DE BRÊME LE CODE CIVIL ALLEMAND

§ 1^{er}

Les lois prussiennes de 1872 et leur origine

Les lois prussiennes de 1872 sont intéressantes à étudier à notre point de vue pour deux motifs : C'est, qu'elles se sont inspirées du code hypothécaire de messidor, en lui empruntant son invention de l'hypothèque sur soi-même, ensuite, parce qu'elles ont transmis cette institution, dont nous avons parlé au chapitre précédent, à une législation aujourd'hui en vigueur au code civil allemand ; et de plus, nous

verrons que bientôt un nouveau code, celui de la Suisse, qui va entrer en vigueur en 1912, se sera inspiré, lui aussi, des mêmes sources.

Voilà donc pourquoi nous allons tout d'abord étudier les lois prussiennes. Elles ont introduit en pays allemand, le système de la cédula, mais ces lois firent mieux, car avant d'introduire ce principe elles organisèrent un système de livres fonciers en Allemagne, système qui est tout à fait de première nécessité, à celui qui veut avoir un bon régime hypothécaire, ainsi que nous l'avons déjà dit. Par conséquent, pour pouvoir étudier efficacement et profitablement ces lois, il nous faudra commencer par le système des livres fonciers. La législation de Prusse de 1872, aujourd'hui hors de service par l'emploi du code civil promulgué en 1896 et mis en vigueur en 1900, a été étudiée en France et analysée dès son apparition et nous pourrions dire même avant son apparition, pendant qu'elle était encore en discussion devant le Parlement prussien ; nous trouvons le texte, traduit, de ces lois par M. Paul Gide (1) et aussi une communication faite par M. Gérardin (2).

Nous savons que l'idée même de la publicité n'était pas nouvelle, elle ne revient même pas au décret de messidor, car du temps de la féodalité et

1. *Annuaire de législation étrangère*, extrait, 1873.

2. La communication et une traduction sommaire du premier projet dans le numéro du 1^{er} février 1870, *Bulletin de la Société de législation comparée*.

même avant, on avait eu des vellétés à ce sujet. Mais il faut dire à l'honneur du législateur prussien, que c'est lui le premier qui eut l'idée de mettre en application ce système de publicité, et c'est à lui aussi, que revient le mérite d'avoir eu la première idée des livres fonciers. On sait combien depuis l'idée a fait de chemin.

La première manifestation des livres fonciers en Prusse se fit en 1704 (1), époque à laquelle un édit fut rendu à la date du 20 septembre; mais il fut révoqué presque aussitôt; il contenait cependant les principes des livres fonciers, ordonnait l'inscription des immeubles par numéros d'ordre, et l'inscription aussi de tous les droits réels. Une loi de 1722, loi du reste assez mauvaise et qui essayait de reprendre les idées de l'édit, n'eut pas plus de succès.

Enfin, en 1783, une tentative plus sérieuse eut lieu, une ordonnance (2) fut rendue et nous pouvons dire d'elle qu'elle a été le précurseur du code prussien de 1794 et forma avec lui la véritable base des livres fonciers. Cette ordonnance ne devait cependant pas durer aussi longtemps que l'on pourrait croire, elle avait un défaut important, elle ne constatait pas, comme le firent les lois suivantes, le principe de la foi probante des livres fonciers, et ce point, on le sait, est un des principes fondamentaux

1. V. art. Gide, déjà cité.

2. V. Besson, déjà cité, p. 254.

sur lesquels repose ce système-là. Une autre loi pourtant (Hambourg, 1605) avait depuis longtemps fait ce pas ; enfin le code prussien de 1794 y remédia dans de faibles proportions. Il est à remarquer cependant que sous cette législation on n'exigeait pas comme une formalité obligatoire l'inscription aux livres fonciers. Il n'était pas non plus question à ce moment-là d'inscrire les translations de propriété, car celles-ci se faisaient d'une manière formaliste, comme en droit romain.

Nous ne nous arrêterons pas plus longtemps, sur ces origines, car ce serait trop long à les examiner en détail, ce court développement sera suffisant pour notre étude et nous passerons à l'origine immédiate des lois de 1872.

La Chambre des seigneurs voulant arriver à donner une base solide au régime foncier, dans sa séance du 28 avril 1857 exprima le vœu de voir bientôt une réforme intervenir sur ce point.

La Chambre des députés suivit cet exemple, et le 14 mars 1860 exprima, elle aussi, le même désir. Deux projets furent alors successivement proposés : l'un émanant de l'initiative parlementaire (1862), soutenu par les députés Conrad et Repel, et qui fut du reste repoussé ; l'autre, en 1867-1868 par le gouvernement lui-même représenté, en la personne du ministre de la Justice Leonhardt. On avait appliqué le projet à la Poméranie seulement et à l'île de Rügen ; devant les excellents résultats obtenus, on décida, à la fin de

l'année 1868, de mettre de nouveau en discussion ce projet, afin de l'appliquer au royaume tout entier.

Mais cela n'alla pas si facilement, et on discuta âprement le projet ; on le discutait encore en 1870, et déjà la Chambre des députés l'avait voté lorsque survint la guerre franco-allemande.

En 1871-1872, on se reprend à le discuter. Tel que ce premier projet contenait de très grosses innovations pour la Prusse (1) ; notamment et la plus importante, c'est qu'il introduisait le système qu'on appelle communément, l'indépendance de l'hypothèque, qui d'un droit accessoire, deviendrait un droit indépendant. En outre, cela surtout est à remarquer, ce projet mettait les bases du système de publicité, et pour la première fois, ordonnait l'inscription obligatoire au livre foncier. Dans le compte rendu qu'en fit M. Gérardin, et dans la séance qui suivit, sous la présidence de M. Laboulaye, on peut constater combien, diversement, ces idées furent accueillies en France. Parmi les partisans de cette idée, on peut notamment compter M. Gérardin qui déclara, que la publicité, des transmissions de propriété et des droits réels consentis sur un immeuble, « était la condition essentielle d'un bon régime hypothécaire ; il faut qu'un prêteur ait les moyens de s'assurer que l'immeuble qui lui est concédé en gage, appartient bien à son débiteur, et que celui-ci, tout en étant bien propriétaire, n'a pu atténuer secrètement, la valeur de la garantie qu'il offre à son créancier ».

1. V. art. déjà cité, Gérardin.

Il constate aussi l'état précaire du crédit foncier (1) et dit combien le propriétaire a de difficultés à trouver des capitaux, c'est donc dans le but de venir en aide au Crédit foncier que le législateur fit ces lois, et qu'il voulut débarrasser le régime hypothécaire des entraves qui l'entourent, et qui éloignent les capitaux de la terre.

Nous tenons aussi à constater cette vérité très grande que M. Gérardin exprimait alors, en parlant de l'hypothèque indépendante de son droit de créance. Il la qualifiait bien sous le nom par lequel on l'a désignée à ce moment-là, mais il ajoutait : « sans doute, dans son but final, l'hypothèque ne peut être et ne sera jamais qu'un droit accessoire ». Je crois que M. Gérardin avait parfaitement raison, car, en somme, même dans la théorie allemande, nous ne concevons pas très bien comment l'hypothèque peut exister toute seule ? Que faire d'une sûreté, si elle n'a pas une dette à garantir ?

L'hypothèque sur soi-même, et aussi l'hypothèque négociable du Code civil allemand actuellement en vigueur, n'ont encore d'autre but dans la manière, dont elles sont organisées que d'être plus facilement cessibles. Il y a une dette quand même, dont elles sont la sûreté, la différence qu'il y a d'avec le droit français, consiste, simplement, en ce qu'on n'aura plus dans ces cas le droit de gage général sur le patrimoine du débiteur ; la différence consistera donc dans

1. Page 3 de l'art. cité.

l'objet du gage, qui sera simplement l'immeuble, mais au fond l'hypothèque restera quand même un droit accessoire, en ce sens qu'elle est là pour garantie d'une somme d'argent. Dans ce même article, il est rappelé par M. Gérardin que le décret de messidor fut un prédécesseur et un inspirateur, en ce qui concerne la théorie de l'hypothèque sur soi-même admise en Prusse.

En lisant les débats, qui suivent, on peut voir que les auditeurs de M. Gérardin, ne voyaient pas tous avec la même sympathie ce projet de loi; nous regrettons que le caractère forcément restreint de cette étude ne nous permette pas d'étudier plus longuement cette discussion, avant d'en terminer cependant, constatons succinctement la communication faite par MM. Laboulaye et Balck, en ce qui concerne l'usage fait en Amérique des « billets hypothécaires » ; qui n'étaient point consacrés par une loi, mais qui s'étaient introduits par les besoins de la pratique.

Ce premier projet de loi ne fut pourtant pas voté intégralement, ces innovations effraient un peu. On pensait alors, bien qu'on n'en ait rien dit ni pendant les débats ni dans l'exposé des motifs, au sort qu'avait eu la même théorie, exposée dans le décret de l'an III, et on craignait probablement que ces lois nouvelles n'eussent un sort identique, elles aussi.

On préféra donc simplement faire un essai, et afin de ne pas risquer l'échec total du projet, on rétablit à côté de l'hypothèque cédulaire l'hypothèque ancienne, l'hypothèque pure et simple ; ou pour mieux dire, et

pour employer l'expression usitée, bien que ce ne soit pas notre avis, l'hypothèque accessoire.

Ce système hypothécaire nouveau consistait en un assemblage de quatre lois, dont les deux premières sont les seules qui nous intéressent, à savoir : la première « Grundbuch Ordnung » réglant la question des livres fonciers, et la deuxième « Gesetz uber den Eigenthumerwerb » traitant du système hypothécaire.

Commençons dans l'ordre logique et jetons un regard rapide sur la première traitant des livres fonciers.

Le système de livres fonciers contient trois grands principes fondamentaux, qui sont communs à tous les pays adoptant ce système.

1° Le système de l'immatriculation parcellaire et individuelle de la propriété ;

2° Le principe de la légalité ou du contrôle judiciaire ;

3° Le principe de la force probante des livres fonciers à l'égard des tiers.

Ces trois principes on les retrouve toujours tels que, dans toutes les législations ayant admis ce système, et sont appliqués par conséquent encore sous le régime du Code civil allemand. Ces principes furent consacrés par la loi prussienne en 1872 qui elle, servit à inspirer les systèmes de livres fonciers anglais (1).

1. V. M. Saleilles, à son cours sur les livres fonciers en Angleterre, 1906-1907.

L'institution des livres fonciers écarte, tous les dangers que nous avons montrés et qui se produisent avec le système de la loi de 1855 qui régit en France la matière de la transcription. Comment fonctionnaient en 1872 les livres fonciers ?

Il y a d'abord le « *grundbuch* ». Il s'occupe de l'état juridique de la propriété, on inscrit sur son feuillet toutes les transcriptions de propriété et aussi tous les droits qui grèvent un immeuble ; on inscrit aussi les translations par nom du propriétaire, ce qui fait qu'on peut fort bien inscrire une translation de propriété à cause de mort, en inscrivant l'héritier comme un nouveau propriétaire. Ce registre ou plutôt ce livre, était en relation directe avec le « *flurbuch* » registre du cadastre, celui-ci s'occupe de l'état matériel de l'immeuble, et ces deux livres fonciers se communiquent entre eux tous les changements survenus à la propriété.

Toutes les opérations, translations de propriété, ou acquisitions de droit réel sur l'immeuble, doivent être inscrites aux livres fonciers. L'article 1^{er} de la loi nous le dit formellement « la propriété n'est acquise que par l'inscription aux livres fonciers, à la suite d'une investiture *auflassung* » ; cette investiture était une formalité qui s'accomplissait devant le juge, une sorte de tradition comme en droit romain dont c'était probablement un restant.

Les hypothèques et les autres droits réels devaient aussi être inscrits aux livres fonciers. C'est en ces

règles qu'on retrouve le principe du système d'immatriculation.

Quant au deuxième principe, celui du contrôle judiciaire, cette loi nommait un « Grundbuchrichter » véritable juge foncier. Nous avons vu en parlant du décret de messidor, que le conservateur des hypothèques d'alors, et son successeur le conservateur d'aujourd'hui ne sont que de simples fonctionnaires. En Allemagne, au contraire, c'est un juge ; il aura à juger les questions de validité et de régularité de l'inscription, et même, il est compétent en premier ressort pour les questions relatives à la preuve du droit d'immatriculation ; ce juge fait partie du tribunal, qui le délègue à la direction de la tenue des livres fonciers.

Enfin, le troisième principe, celui de la force probante aux livres fonciers à l'égard des tiers, mais à l'égard de ceux-ci seulement, est consacré dans l'article 9 de cette loi. Une question qui devient intéressante, et qui est aussi une innovation de cette loi, pour la Prusse du moins, consiste dans l'introduction du « Konsenz prinzip », qui a été conservé aussi par le Code civil actuellement en vigueur. En quoi consiste-t-il ? Pour opérer une vente avant cette loi, il n'y avait pas besoin d'autre chose que d'un mode formaliste comme autrefois en droit romain. A présent, pour opérer une vente il faudra deux éléments : 1^o le consentement des parties et 2^o l'inscription de l'acte de vente aux livres fonciers. Ce « konsenz prinzip », ou plutôt ce consentement se

fait devant le juge, qui se trouve pour ainsi dire en être le témoin ; les parties manifestent leur intention, elles donnent leur consentement ; ensuite le juge foncier inscrira l'acte de vente ; et la vente sera parfaite ; il faut cependant remarquer qu'ici ce n'est plus une copie que l'on transcrit comme en France, c'est l'acte lui-même qui est inscrit. Une autre innovation importante de cette loi, système qui a été également conservé par le Code civil actuel, et que nous reverrons un peu plus en détail lorsque nous étudierons ce dernier, est le principe des prénotations « vormerkung » qui se trouve dans l'article 8 de la première loi, et qui consiste dans l'inscription, par prévoyance, d'un futur créancier ou d'un futur propriétaire dont le droit se trouverait actuellement, pour une chose ou pour une autre, dans l'impossibilité d'être inscrit, pour sauvegarder son titre futur. Cette prénotation se fait aussi par devant le juge, et s'inscrit aux livres fonciers.

Arrivons à présent à la deuxième loi, celle qui organise le système hypothécaire.

Cette loi est un exemple de mobilisation du sol. Non seulement elle mobilise le crédit hypothécaire, mais le sol lui-même ; elle organise comme nous l'avons dit deux sortes d'hypothèques, l'une l'hypothèque pure et simple « hypothek » et l'autre la « grundschuld » ou dette foncière. C'est surtout cette dernière qui est intéressante à étudier. Ces « grundschulden » sont de vraies obligations foncières, que le propriétaire peut mettre en circulation et qui sont

BON FONCIER DE PRUSSE

5.000 MARCS

INSCRITS SUR LE BIEN NOBLE DE SCHLEBACH, CERCLE DE LIEDSTADT
(Registre foncier de Schlebach, vol. 1, feuille 1, subdivision III, n° 9).

SUBDIVISION III

Valable encore
pour 2.500 marcs.
L.... le 1^{er} avril
1873. —

Valable encore
pour 2.000 marcs.
L.... le 31 mai
1873. —

Valable encore
pour 1.000 marcs.
L.... le 15 sep-
tembre 1873.

N° 9, Cinq mille marcs.
dette foncière, intérêts à
54/20/0, à partir du 1^{er} juil-
let 1872, payables tous les
six mois.

Remboursable après dé-
nonciation faite six mois à
l'avance, à partir seulement
du 1^{er} juillet 1875.

Inscrits au profit de Fried-
rich Klein, banquier à Ber-
lin, le 2 juin 1872.

Au présent bon
foncier sont joints
des coupons d'in-
térêts pour une
période de....an,
du....an.

Ou bien il n'est
pas joint de cou-
pons au présent
bon foncier.

PARCELLES DU BIEN NOBLE DE SCHLEBACH

1. Domaine de Schlebach	600 h. 30 a. 5 m. q.
2. Métairie de Neu-Schlebach	40 14 4 —
3. Bois dit « les Grands Pins », situé dans le ressort du bureau foncier de Neu-Schle- bach	35 » 10 —
4. Champ dit « Steinacker ».	» 25 » —

PARCELLES DISTRAITES °

1. Les rentes et corvées dues par les paysans de Schlebach ont été
rachetées moyennant un capital de 700 thalers en lettres de
rentes.

2. Le pré dit « Otterwiese », contenant 8 ares 37 m. q.; revenu net
déclaré, 4 th. 29, a été distrait :

Revenu imposable des biens ruraux th. cent. — Inscrit
au cadastre rural. Art.... N°....

Valeur locative th. cent. — Inscrit
au cadastre des bâtiments. N°....

Propriétaire Johann Heinrich
Von Beuthen, de Schlebach.

Prix d'acquisition. 140,000 th. en 1867
(ou : non déclaré).

Taxe inscrite le 3 octobre 1865. 137,500 th.

Assurance contre l'incendie (1^{er} janvier 1870) 10,580 th.

garanties par l'immeuble lui-même et par lui seul, cette dette ne grève pas le débiteur, l'article 33 nous dit que le débiteur ne sera tenu que sur l'immeuble.

Nous allons voir un peu plus loin comment elle fonctionne ainsi que l'hypothèque pure et simple qui, elle aussi dans certains cas, peut être transmissible avec quelque facilité.

Nous avons dit que cette loi prussienne contenait le principe, de l'hypothèque sur soi-même, l'article 27 nous en fournit la preuve « tout propriétaire peut demander des dettes foncières pour lui-même et aura aussi le droit de les transférer à des tiers. » Dans l'exposé des motifs de cette loi, on trouve l'énumération de ces avantages qui découlent du bon foncier « grundshuldbrief ». Nous ne donnons ici l'énumération qu'afin de faire voir que la pensée du législateur prussien avait bien été de créer un instrument de crédit, et qu'il avait bien compris ce qu'il fallait faire à ce sujet.

1° Le propriétaire pourra, suivant ses besoins disposer de ces bons et profiter de la hausse ou de la baisse pour négocier ces bons suivant leur date; 2° il pourra garder ces bons dans son portefeuille pour le jour où il en aura besoin. Un point important dont nous entretenons l'exposé des motifs de la loi prussienne, et dont nous avons parlé déjà est le suivant : « tant que la dette foncière est entre les mains du propriétaire elle sommeille, elle ne s'éveille que du jour où elle est transférée »; 3° enfin troisième avantage, et principe que nous connaissons fort

bien, le propriétaire pourra disposer, de la valeur de son immeuble sans l'aliéner. Le deuxième alinéa de cet article nous montre que le propriétaire pourra venir, à la procédure de l'ordre dans le cas de vente forcée, et fera valoir son bon foncier. La dette foncière se manifestait, avons-nous dit, sous la forme, du bon foncier. En cas de dette foncière, il fallait (art. 20) demander au juge foncier ce bon sans lequel la dette foncière ne pouvait exister. Cette dernière prescription de la loi avait été réclamée lors des débats par le député Von Baehr, qui, d'une façon fort claire avait attiré l'attention sur ce point, au Parlement; sans ce bon foncier disait-il on ne pourrait facilement faire circuler sa dette foncière. C'est donc ces bons que négociera le propriétaire.

Mais cependant, le point sur lequel cette législation a fait une innovation réellement méritoire et tout à fait à son honneur, c'est dans l'organisation de certains coupons « Zinquintungscheinen », coupons, que l'on doit encore à l'initiative du même député Von Baehr, et que l'on trouve dans l'article 39 « aux bons fonciers pourront être jointes des quittances d'intérêt à échoir .. »; ces quittances étaient au porteur comme celles des obligations existantes aujourd'hui. Nous avons dit en temps et lieu combien ce genre de quittances productives d'intérêts étaient utiles à un bon régime contenant l'hypothèque sur soi-même, et nous avons vu que ce fut là la cause initiale, de la chute du système élaboré en l'an III.

Ceci nous prouve aussi que le législateur prussien avait fort bien envisagé et étudié la question de la mobilisation du crédit hypothécaire.

Il nous reste à voir à présent si la cession de cette dette foncière, se fait avec toute la facilité désirable. Nous savons désormais que le propriétaire foncier peut céder sa dette foncière à des tiers ; elle peut se céder par la voie de l'endossement en blanc, même sans le nom du cessionnaire (art. 55), et de plus, l'article 54 déclare la cession valable sans aucune inscription aux livres fonciers. Nous avons vu, et l'exposé des motifs de la loi nous l'a dit, tous les avantages que l'on arrivait à tirer de ce système d'endossement.

L'avantage considérable des dettes foncières n'a donc plus besoin de démonstration ; voyons à présent ce qu'était sous l'empire de cette loi l'hypothèque pure et simple.

On avait laissé subsister l'hypothèque ordinaire, nous avons vu pourquoi, par un motif de crainte, pour ne pas faire une réforme trop radicale, et par cela même ne pas effaroucher les esprits et ne pas arriver à ce qu'on se méfie de ce système nouveau pour la Prusse.

L'hypothèque avait de nombreuses différences avec la dette hypothécaire :

En ce qui concerne son inscription (art. 23) : Il fallait indiquer le nom du créancier, le montant de la créance, le montant des intérêts en marcs d'or. En outre, on ne pouvait la céder sans céder avec

elle la créance principale (art. 52), « l'hypothèque ne pourra être cédée que conjointement avec l'obligation personnelle qu'elle garantit. La dette foncière fût-elle établie par suite d'une obligation personnelle, pourra être cédée sans cette obligation, en ce cas cette obligation s'éteindra ». Mais toutefois on voulait permettre de pouvoir négocier la lettre hypothécaire aussi, et dans ce cas si le créancier et le propriétaire étaient d'accord, on délivrerait des bons hypothécaires. Ceux-ci étaient donc facultatifs, mais même en ce cas on ne pouvait les céder que conjointement avec la créance principale (art. 122) ; on ajoutait aux bons hypothécaires, par un lien cacheté et scellé, le titre contenant la créance garantie par hypothèque. L'alinéa dernier de cet article nous indique la qualité facultative de ces bons, « on peut renoncer aux bons hypothécaires, *on ne peut renoncer aux bons fonciers* ».

Nous devons dire encore, que les hypothèques et les dettes foncières s'éteignaient par radiation aux livres fonciers, et ce qui est important à noter dans cette loi, c'est que par la radiation d'une dette ou d'une hypothèque, les sûretés qui suivaient montaient d'un rang.

Leur rang se déterminait d'après la date de l'inscription aux livres fonciers.

Voici la législation en vigueur à ce moment-là en Prusse. Dans presque tous les autres pays germaniques, les mêmes principes étaient admis, seules,

quelques lois (1), celles du royaume de Saxe et celles de Bavière de 1826, ne permettaient point de prendre hypothèque sur soi-même. Mais elles arrivaient à l'autoriser quand même par un moyen détourné; c'est-à-dire que si le créancier recédait l'hypothèque au propriétaire, celui-ci pouvait la garder et la négocier ensuite. Il était nécessaire de voir ces deux lois de Saxe et Bavière, car, le principe qu'elles contiennent a été en partie conservé par le code civil allemand de 1900.

Un détail fort intéressant, que nous devons remarquer par comparaison à la loi prussienne de 1872, c'est que la loi du Mecklembourg, formait une dérogation notable au principe que l'on ne pouvait céder son bon hypothécaire sans y adjoindre le titre même de la créance personnelle lié et scellé. Au Mecklembourg, on pouvait céder le bon hypothécaire tout comme le bon foncier.

Nous allons voir maintenant dans le paragraphe suivant la législation de Brême.

§ 2

Le système des Handfesten de Brême

Les Handfesten étaient un système particulier et spécial à la ville de Brême. Son nom est composé de

1. V. Braun, Hegener et Ver-Hess, *Traité de droit civil allemand*, § 2036.

deux mots allemands, hand-fest, qui se traduit par *main* et *fort*. M. Challamel (1) nous explique cette signification comme suit : dans les mœurs germaniques on scellait sur un cachet en cire avec le pouce tous les actes délivrés par la ville. A part cette explication ; nous croyons, vu l'étymologie du mot, et la façon dont ces handfesten étaient garanties, que le mot pourrait bien signifier aussi « titre solide en main » ou « bon titre en main » Mais cette question est du reste tout à fait secondaire. Etudions plutôt la formation et le fonctionnement des Handfesten.

Les Handfesten sont de véritables essais de mobilisation du sol, nous allons bientôt voir cela en les étudiant. Cette institution est considérée généralement comme un modèle de simplicité, mais tel n'est pas notre avis ; si le titre est réellement très sûr et immuable, il contient une condition essentielle pour le rendre ainsi. Il faut se tenir constamment au courant de certaines publications, d'une gazette juridique intitulée *Bremer-Nachrichten*, afin d'y prendre connaissance de toutes les publications qu'aurait pu y effectuer la commission judiciaire, lesquelles publications étaient la base aussi bien de leur système de livres fonciers que du système de publicité des hypothèques.

Or, il est difficile de prétendre de la part de simples particuliers, qui ont avant tout à vaquer à leurs occupations de se tenir ainsi au courant.

1. 1878, *Bulletin de la Société de législation*. V. l'article de M. Challamel.

Ce système, disons-le, ne manque cependant pas d'une certaine originalité et nous allons nous mettre en devoir de l'examiner. Pour être fidèles cependant au plan que nous avons suivi pour toutes les législations jusqu'à présent, nous allons voir d'abord comment l'on procédait à la publicité des translations de propriété.

Le régime des livres fonciers à Brême est formé par la combinaison des lois du 3 juillet 1860, et 1^{er} avril, 10 et 28 juin 1876 (1), qui elles-mêmes ne font que confirmer une loi de 1834. Ce registre foncier n'a pas toute la force des systèmes que nous avons vus en Prusse. Ce livre ne fait point foi de la propriété. La véritable cause qui rend la vente parfaite à l'égard des parties n'est point la formalité de l'inscription aux livres fonciers, mais bien celle de l'investiture accordée à l'acquéreur par la « *ErbeUnd-Handfestamt* » qui n'est qu'une commission de juges délégués à l'administration des livres fonciers, et du bureau des hypothèques ; sans cette investiture, la vente est considérée comme nulle, même entre les parties ; ceci nous prouve étant donnée l'origine de l'investiture que nous avons vue, que nous sommes ici encore en présence d'une tradition d'origine romaine.

Ici aussi, comme nous allons le voir plus tard pour les Handfesten, on a recours à certaines publications qui se font dans le journal *Brémer-Nachrichten*, journal judiciaire.

1. V. Besson, *La* cité, p. 286.

On fait trois annonces avant la vente, pendant ce temps les tiers ayant des droits sur l'immeuble, sont tenus de se faire connaître ; et en ce cas ils seront inscrits à l'*Angabebuch* (registre des exceptions). Si personne ne fait de réclamation la commission enverra l'acquéreur en possession, on refait une publication à cette gazette du Tribunal et le titre de propriété deviendra de cette façon définitif à l'égard de tout le monde.

Voyons à présent, comment fonctionnent les Handfesten.

La Handfesta n'est pas un titre de la nature de l'hypothèque, la Handfesta n'est pas un droit, c'est une chose « elle sert d'intermédiaire entre le propriétaire qui veut engager son immeuble et le créancier qui veut une garantie » (1). Voici donc quelle serait la nature juridique de la Handfesta.

Quand M. Challamel dit que c'est une chose, il a raison mais quand il dit que la Handfesta n'est pas la nature de l'hypothèque, nous ne croyons pas qu'il ait dit juste ; on pourrait même dire mieux que M. Challamel, la Handfesta n'est pas une chose, c'est un papier sans valeur. Le propriétaire, lorsqu'il la prend n'a en sa possession que des petits carrés de papier, qui pourront plus tard avoir une valeur quelconque ; ce qui fait que M. Challamel a pu dire, que, celui qui volait ce papier à ce moment-là, ne pouvait point s'en servir et n'en profitait pas. Mais il faut bien

1. P. 187, *Cession des créances hypothécaires*, Challamel.

spécifier à ce moment là chose que M. Challamel ne fait pas, et nous allons voir pourquoi cette distinction est nécessaire. Pour céder la Handfesta, le propriétaire ne peut le faire sans une créance. Il faut qu'elle soit accompagnée d'un titre écrit en reconnaissance de la dette, titre qui l'accompagne toujours. De sorte, qu'à ce moment, quand elle est accompagnée de son titre, si quelqu'un la volait, on pourrait parfaitement en tirer profit.

Nous venons de voir en même temps, la condition essentielle pour que la Handfesta puisse produire un résultat, c'est qu'elle soit accompagnée d'un titre en reconnaissance d'une dette. Ainsi donc alors, pourquoi dire que la Handfesta n'est pas de nature hypothécaire ? La loi ne lui donne pas ce nom, mais cela ne fait rien, sa nature est la même car elle garantit aussi une dette sur un immeuble.

On pourrait comparer cette Handfesta aux bons hypothécaires que nous avons vus dans la loi prussienne de 1872, car les mêmes conditions étaient requises pour eux.

Ainsi donc, voici ce qu'il faudrait dire de cette législation spéciale à la ville de Brême. C'est un système original, en ce sens que le propriétaire en se faisant délivrer les handfesten par la commission a pris par là même un droit de créer plus tard une hypothèque sous seing privé. Cette hypothèque prendra naissance, au moment précis, où le propriétaire aura trouvé un prêteur qui deviendra son créancier. Cette Handfesta n'est donc pas une hypothèque sur

soi-même. Le propriétaire n'a pas pris hypothèque sur lui-même; il n'a fait tout simplement qu'obtenir un *droit éventuel*, et on lui a remis à cet effet des formulaires en blanc qui sont les *handfesten*. Et la meilleure preuve que ce n'est pas une hypothèque sur soi-même, c'est que lorsque le créancier arrive à recéder la *Handfesta* au propriétaire, celle-ci n'a plus aucun effet, elle redevient un formulaire, qui ne pourra servir qu'à une nouvelle dette; ainsi donc il ne pourrait pas dans un cas de vente forcée venir à la procédure de l'ordre comme venait le propriétaire prussien en 1872.

Le fonctionnement de la *Handfesta* est le suivant : Le propriétaire s'adressera pour son obtention à la commission foncière, *Erbe-Und-Handfesteamt*. Cette demande c'est la *Wiligung*. Après que cette demande a été faite, on en faisait deux publications dans la *Gazette* déjà nommée après quoi, un délai de 15 jours était accordé pour permettre à ceux ayant des droits sur l'immeuble de se faire connaître. C'était un avantage que l'on accordait à ceux ci, mais encore fallait-il pour cela qu'ils lisent très régulièrement ce journal.

Si après ce délai de 15 jours, personne ne se présentait pour réclamer, on procédait à la délivrance, *ausfertigung*. Ici nous retrouvons le même principe que nous avons vu pour les translations de propriété, et que nous pourrions nommer la preuve absolue des décisions, ou plutôt des jugements rendus par la commission; car, aussitôt que la délivrance était faite,

aucune contestation n'était plus possible. Pour l'évaluation du montant des Handfesten, cela est laissé au choix du propriétaire, de même qu'en Prusse, et qu'aujourd'hui en Allemagne. On ne procède pas à une estimation officielle des biens ; c'était donc au créancier de faire attention.

L'avantage réel qu'offrait ce titre était exactement le même que celui des dettes foncières ou des cédulés ; il consistait, en une cession facile, frais minimes, possibilité de les prendre à l'avance, de sorte qu'on pourra les négocier au mieux de ses intérêts ; en outre, les Handfesten portaient un numéro d'ordre comme suit :

1 ^o	Handfesta	de 200 mks.		
2 ^o	id.	de 400 »	après	200.
3 ^o	id.	de 300 »	»	600.
4 ^o	id.	de 500 »	»	900.

Ainsi que l'on voit, elles portaient aussi inscrit sur chacune d'elles le montant des Handfesten précédentes ; cette formalité permettait donc au créancier de se rendre un compte exact, des dettes existantes, et le numéro d'ordre, lui indiquait le rang dans lequel il serait colloqué, en cas de vente forcée.

Un autre avantage remarquable, que présentait cette sûreté au point de vue du crédit du propriétaire, c'était, que, lorsqu'elle lui revenait, il en conservait le rang. Nous avons vu que par contre, dans les lois prussiennes, lorsqu'une dette foncière s'éteignait, les autres dettes et hypothèques montaient d'un rang ; à

Brême au contraire, les Handfesten d'un rang plus bas restaient à leur place, et c'était le propriétaire qui bénéficiait de ce rang devenu libre. Cependant s'il pouvait affecter cette sûreté à une nouvelle dette, il ne fallait pas que le montant de celle-ci, dépassât le montant de celle qui s'était éteinte.

Voyons maintenant quelle est la manière dont se pourvoira le détenteur de la Handfesta, en cas de perte du titre.

Il adressera une plainte à la commission des juges, car c'est elle qui est toute puissante, dans toutes les opérations relatives au droit hypothécaire.

Celle-ci fait faire des publications dans la *Gazette* ; ces publications se font pendant deux dimanches de suite. Si pendant ce délai personne ne réclame, la dette est considérée comme éteinte, et dans ce cas remplacée par une autre qui aura le même rang.

Envisageons à présent le cas de non-paiement à l'échéance.

On débutera dans ce cas comme dans tous les autres, par une demande à la commission, et il lui sera porté la Handfesta accompagnée du titre qui ne doit point la quitter.

On procède à trois publications de suite, trois dimanches, dans le *Brémer-Nachrichten*. Cette formalité s'appelle *Abkündigung*. On procède ensuite à la vente, et l'on est payé chacun à son rang ; celui-ci se déterminera comme on le sait, par le numéro d'ordre indiqué sur la Handfesta. Ensuite celle-ci est, *mortificiert*, c'est-à-dire détruite et tout se trouve

terminé, puisque le créancier est rentré dans ses fonds.

§ 3

Le Code civil allemand en vigueur depuis 1900

Le Code civil allemand a été promulgué en 1896 ; il n'est pas l'œuvre hâtive bâtie en un seul jour, c'est un travail construit avec lenteur et avec sûreté ; il était depuis longtemps l'objet d'études approfondies et les résultats de ces études, l'ont fait ce qu'il est, c'est-à-dire une œuvre des plus savantes.

L'idée de codification n'était pas nouvelle en Allemagne ; nous avons pu voir que dès 1794 des lois furent édictées sous le nom de Code prussien mais sans beaucoup de succès. Ensuite nous avons vu les lois prussiennes de 1872.

Dès leur apparition presque, on eut l'idée des services que pourrait rendre un code général régissant tous les états d'Allemagne.

A cet effet, le *Bundesrath*, (1) dérivé de l'ancienne diète de la confédération Germanique et, composé des représentants de divers Etats confédérés nomma une commission en 1814, composée de jurisconsultes fort savants ; ceux-ci travaillèrent séparément jusqu'en 1880. Ensuite, ils se réunirent et du travail commun

1. V. C. civil allemand. Introduction. Traduit et imprimé par ordre du gouvernement français à l'Imprimerie nationale, 1904.

en 1887, sortit le premier projet de Code civil allemand.

Il fut très discuté ce projet ; il s'inspirait beaucoup du droit romain, ce qui s'explique par la présence dans le sein de la commission qui le rédigea, de romanistes très en vogue à ce moment-là.

En 1890, une autre commission composée non seulement de juristes, mais encore des représentants des classes les plus importantes de la Société, tels que propriétaires, commerçants, industriels, fut nommée par le Bundesrath, et c'est elle qui fit le deuxième projet terminé en 1895 ; elle le remania du reste elle-même, et donna le second projet de code civil allemand révisé.

Le Bundesrath le prit alors en considération, l'étudia, le corrigea, et présenta le troisième projet, en 1896 dès les débuts de l'année, au Parlement.

Les partis politiques oubliant un instant leur rancune élirent des délégués, qui formèrent, une commission au Reichstag afin d'étudier ce projet. Rapidement discuté, le projet fut voté le 14 juillet de la même année, et c'est lui qui forme le code civil qui fut mis en vigueur en 1900.

Ainsi donc, comme nous le voyons, ce projet avait été fait sur l'initiative du Bundesrath ; celui-ci l'avait revu avant de le donner à l'approbation du Reichstag ; c'est pour ce motif que nous voyons le Code civil allemand contenant des principes empruntés, non seulement aux lois prussiennes, mais encore à celles des autres états allemands.

On n'avait voulu froisser les traditions de personnes, et chacun vit de cette façon, quelques-uns des principes capitaux de son pays reproduits au code général.

Nous allons nous occuper maintenant, à la suite de cet historique très succinct, de la matière qui nous intéresse, c'est-à-dire de la manière, dont est constitué, le régime hypothécaire.

Mais au préalable, il nous faut dire quelques mots du système de publicité relatif aux aliénations, car nous savons, que celui-ci est en relation directe, avec le régime hypothécaire.

On a conservé l'excellent principe des livres fonciers, le Code traite cette matière en son livre 3, section 2, intitulée « Les droits sur les immeubles ». Les dispositions du Code sont sur ce point en concordance avec la loi du 24 mars 1897, la « Grundbuch Ordnung » qui régit aussi la question des livres fonciers.

Nous retrouvons ici les mêmes idées qu'en 1872, c'est toujours le principe du feuillet réel qui a été conservé, c'est toujours la propriété que l'on va inscrire au Grundbuch sur le Grundbuchblatt. Cela s'opérera de la façon suivante. Dans le même livre, il y aura trois feuilles : la première sera la feuille de l'immeuble proprement dit, contenant la description complète de l'immeuble, tant au point de vue juridique qu'au point de vue topographique. Sur la même feuille, l'on trouvera inscrit, le nom des propriétaires successifs et leur titre de propriété. C'est ici

que l'on aperçoit l'avantage sur lequel nous avons précédemment attiré l'attention c'est-à-dire, que, l'on n'a qu'à donner au Grundbuchrichter, la description de l'immeuble, et l'on a aussitôt tous les renseignements désirés.

Sur une autre feuille, on inscrit en deux colonnes les hypothèques et les sûretés foncières, et sur une autre, on trouvera les servitudes et autres démembrements de la propriété. Par conséquent, tout se trouve dans le livre foncier, chaque immeuble a ses trois feuillets. Disons à ce sujet, que plusieurs immeubles appartenant au même propriétaire peuvent être inscrits ensemble (1) « plusieurs immeubles peuvent être réunis en un seul », de même on peut faire inscrire sur un feuillet déjà existant un nouvel immeuble, et celui-ci va former « partie intégrante » de l'immeuble déjà inscrit (2).

Pour aliéner un immeuble ou le grever d'un droit réel, de même que pour prénoter un droit il faut le faire inscrire aux livres fonciers. De cette façon, il n'y aura aucun doute possible. Dans le cas où le propriétaire voudrait aliéner, un de ses immeubles qui est inscrit sur un même feuillet, il faudra aussitôt, que le nouvel acquéreur le fasse inscrire sur un nouveau feuillet.

Dans ce que nous venons de voir nous retrouvons ce principe général dont nous parlions aux lois prussiennes, l'immatriculation obligatoire et parcel-

1. Art. 890, Code civil allemand.

2. Art. 873, Code civil allemand.

laire. Dans le même article 873 nous retrouvons aussi le *Konsenzprincip*, car cet article édicte que pour pouvoir aliéner il faut le consentement des parties, et l'inscription aux livres fonciers de cette translation.

Pour le deuxième principe général qui consiste dans le contrôle judiciaire nous le retrouvons aussi parfaitement intact ; et c'est toujours le même magistrat, juge foncier, *grundbuchrichter* qui est chargé des inscriptions, et de recevoir le consentement des parties.

Le troisième principe, celui de la foi publique due aux livres fonciers, *öffentlicher glaube*, est conservé aussi dans le Code civil allemand et se trouve consacré par l'article 892 ainsi conçu : « La teneur du livre foncier est réputée exacte au profit de celui qui acquiert par acte juridique un droit sur un immeuble ou un droit grevant un droit de ce genre... » ; par conséquent, les trois principes fondamentaux inhérents à la matière, se trouvent consacrés au Code civil.

On retrouve aussi avec quelques amplifications le système des inscriptions provisoires aux livres fonciers. Il y en a de deux sortes :

1^o *La Vormerkung*, qui donnera efficacité à une action personnelle ; elle servira à ce que personne ne puisse inscrire un droit sur l'immeuble pendant que l'action est en litige ; et, alors que l'action personnelle réussira on aura son droit inscrit. Elle vise donc un cas d'inscription future ;

2^o *La Wilderspruch* ou contredit ; celle-ci vise le

cas où un droit réel déjà inscrit fait l'objet d'un litige, et sert à empêcher celui qui voudrait inscrire un droit sur l'immeuble.

Cependant nous ne nous étendrons pas plus longtemps à ce sujet, ce système d'inscriptions provisoires ne nous intéressant que très peu pour notre étude.

Nous avons vu comment s'opéraient les inscriptions aux livres fonciers, et l'obligation qu'il y avait de faire inscrire les droits réels. C'était là le point qui nous intéressait le plus. Une question importante encore après celle que nous venons de voir est aussi la détermination du rang, dans lequel viendront les créanciers hypothécaires au cas de vente forcée. Le même principe a été conservé ici ; et l'article 879 dit qu'entre « plusieurs droits grevant un immeuble leur rang dépend de l'ordre des inscriptions ; lorsqu'ils sont tous inscrits dans la même colonne du livre foncier, le rang se déterminera par la date de l'inscription, c'est-à-dire dans l'ordre où ils ont été inscrits ».

Nous pouvons parfaitement à présent commencer l'étude et voir efficacement le système hypothécaire lui-même.

Le régime hypothécaire allemand conserve, lui aussi, les principes essentiels qui se trouvaient dans le système des lois prussiennes de 1872, en faisant toutefois de-ci de-là quelques concessions de détail aux législations des autres pays allemands ; il a aussi une création nouvelle qui est une innovation heureuse à notre sens, car elle nous donne un nouvel instrument

de crédit, fort bien compris : c'est la rente foncière.

Ce système hypothécaire a été inspiré, tout d'abord par le désir de venir en aide au crédit, et, dans ce but, il a cherché à multiplier les instruments nécessaires à cet égard. Il était utile de dégager cette idée qu'avait eue ceux qui firent le Code. Nous en avons vu déjà une manifestation, en étudiant le système des livres fonciers et la manière très utile, au régime hypothécaire, dont ils étaient compris.

Les sûretés réelles qu'organise le Code allemand sont de plusieurs sortes, on pourrait les classer en deux sections :

1° La section des hypothèques, contenant l'hypothèque négociable (*Verkehrshypothek*), et l'hypothèque de sûreté (*Sicherungshypothek*).

2° La section de la *dette foncière*, dans laquelle on doit faire rentrer aussi une variété de celle-ci, la *rente foncière*. Nous aurions donc dans cette deuxième section la *grundschuld* et la *rentenschuld*.

Cette deuxième section contient bien réellement et surtout la rente foncière, tout ce qu'il y a de mieux, en fait de mobilisation du sol.

Le Code civil donne une place à l'hypothèque sur soi-même qui s'appelle *Eigenthumerhypothek*, et aussi à la dette foncière sur soi-même ; mais ici il faudra faire une distinction ; au point de vue du crédit c'est la deuxième de ces dernières que nous allons préférer et que nous considérerons comme le meilleur instrument.

En effet, l'article 1196 déclare que le propriétaire,

peut utilement prendre sur lui-même une dette foncière ; il la demandera au conservateur ; nous avons vu aux lois de 1872 que dans l'exposé des motifs l'une des qualités essentielles que l'on se plaisait à reconnaître à cette sûreté, c'est que le propriétaire pourrait, par mesure de prévoyance, en la prenant sur lui-même, attendre les meilleures conditions de négociabilité de son titre. La déclaration foncière a conservé par conséquent dans le code civil, ce caractère et cette qualité.

En ce qui concerne l'hypothèque sur soi-même il n'en est plus ainsi. L'hypothèque négociable ne pourra plus être demandée au grundbuchrichter directement par le propriétaire, sur lui-même. Il ne peut plus l'avoir que par accident, dans des cas que nous déterminerons un peu plus loin, lorsqu'elle lui revient pour certains motifs. Dans ces cas, il pourra la garder en qualité d'hypothèque sur soi-même, et ensuite il pourra la négocier à son gré.

Ce système serait donc le même que celui des lois de Saxe et de Bavière sur lesquelles nous avons attiré l'attention déjà en les mentionnant.

Voilà donc une preuve, aussi, de ce que nous disions en faisant l'historique du Code civil, à savoir que le Bundesrath et le Reichstag ont tenu compte, tour à tour, de toutes les lois ayant existé dans les Etats allemands. Qu'il nous soit permis de dire, qu'il y a ici une lacune, dans le système du code ; puisqu'on permet de prendre la dette foncière sur soi-même puisque, plus encore, on laisse la dette négoc-

ciable se transformer en dette sur soi-même, pourquoi, ne pas admettre tout de suite que le propriétaire pourrait directement la demander sur lui-même au conservateur, comme il le fait pour la dette ?

Il y a ici très certainement une lacune, une disposition à prendre, qui a échappé au législateur.

Ceci étant dit, nous allons examiner les hypothèques d'abord et les dettes foncières ensuite.

L'hypothèque est un droit accessoire ; c'est en cela qu'elle se distingue de la dette foncière, en ce sens, que la dette foncière ne portera que sur l'immeuble lui-même, tandis que l'hypothèque est définie par l'article 1113 une charge en raison de laquelle un immeuble est tenu en profit de l'ayant droit, pour l'acquittement d'une créance lui appartenant du paiement d'une certaine somme. Nous avons dit qu'il y avait deux sortes d'hypothèques : l'hypothèque négociable qui pouvait être donnée avec ou sans cédule et l'hypothèque de sûreté, *sicherunghypothek*, cette dernière se différencie nettement de l'autre en ce sens qu'elle ne peut exister sans une créance principale et de ce fait elle restera soumise à toutes les « exceptions qui ont pu affecter le rapport personnel de l'obligation, soit lors de la naissance de la créance, soit utilement et même à celle qui dérive même du créancier antérieur, selon les règles de la session de créance » (1).

Ici donc, il faudra prouver sa créance avant de

1. P. 709, t. II, Code civ. allemand déjà cité.

prouver son hypothèque elle-même, voici donc la différence établie. Nous avons vu que l'hypothèque négociable pouvait être aussi dans certains cas une hypothèque sur soi-même; ces cas sont disséminés dans divers articles du code, que nous allons tâcher de réunir, et ensuite nous verrons si l'on peut établir un critérium pour déterminer ces cas.

L'article 1113 dit que : « l'hypothèque peut être constituée pour une créance future ou conditionnelle ».

Dans ce cas l'hypothèque, que le droit de créance soit suspendu ou non, est déjà née puisqu'elle a été inscrite aux livres fonciers; par conséquent si la créance ne se réalise pas, si elle n'arrive pas à naître, l'hypothèque sera une *Eigenthumerhypothek*. Un autre cas se trouve à l'article 1168 : « lorsque le créancier renonce à l'hypothèque le propriétaire l'acquiert », celui-ci est donc un cas formel. Un autre cas se trouve dans un article traitant des livres fonciers, l'article 889 « l'acquisition que le propriétaire fait d'un droit réel inscrit sur son immeuble n'entraîne pas l'extinction de ce droit; non plus que l'acquisition de l'immeuble par celui qui a déjà sur ledit immeuble un droit réel inscrit »; ce cas existait déjà sous les lois foncières prussiennes et il est étroitement lié à la matière des livres fonciers. Enfin on trouvera encore des cas d'hypothèque sur soi-même dans les articles 1163 et 1170.

En observant bien ces cas que nous venons d'énumérer et sauf celui de l'article 889, nous pourrions

dire que toutes les fois qu'il y aura un cas d'extinction de l'hypothèque pour un créancier, celle-ci se transformera en *Eigenthumerhypothek*.

Voyons maintenant la circulation des hypothèques.

Deux moyens sont possibles à cet effet : la cession avec cédule, et la cession sans cédule dans ce cas avec formalités, et inscription aux livres fonciers ; cela comprendrait outre la formalité de l'inscription, celle aussi déterminée par le *konsenzprincip*. Pour le premier cas de la cession avec cédule, qui sera certainement le plus fréquent aussi, art. 1154, il faudra un titre écrit pour la cession accompagnant la remise de la cédule ; ces deux formalités seront nécessaires. Pour le deuxième cas, il faudra les formalités que nous avons dites plus haut. La remise de la cédule est de règle générale lorsqu'on constitue l'hypothèque. Cependant le même article (1146) qui l'édicte permet aussi d'y renoncer.

De ce que nous venons de dire, on peut voir qu'il y a changement depuis les lois prussiennes de 1872 ; on ne peut plus céder en blanc comme on le faisait alors. Il y a par conséquent plus de difficulté sous le Code civil. Le fractionnement des cédules pour une créance est permis, en cela on fait retour au principe déjà établi, art. 1151 et suiv. Mais une des meilleures dispositions qui se trouvaient dans les lois de 1872 et qui nous l'avons dit avait été réclamée par le député Von Baehr ne se retrouve plus sous le Code civil. Il n'y a plus de coupons d'intérêt et c'est un tort à notre sens car il a été dit le bien que nous en

pensons. L'article 1198 déclare en outre en traitant des dettes foncières transformables en hypothèque que la réciproque sera vraie, par conséquent les hypothèques négociables peuvent se transformer en dettes foncières.

Nous savons que les hypothèques se déterminent par leur rang ; une disposition spéciale du Code permet de déroger à ce principe, et d'intervertir l'ordre des droits une fois consentis, mais cela avec l'assentiment seulement des parties c'est-à-dire qu'il faudra « l'accord des volontés de celui dont le droit s'abaisse et de celui dont le droit s'élève (art. 880).

Ayant vu ce qu'était l'hypothèque négociable et la façon dont elle se transmet, il ne nous reste plus à voir que la manière dont elle s'éteint.

Dans le cas de perte de la cédule, l'article 1162 nous dit qu'on peut la déclarer caduque et cela par une procédure provocatoire ; elles'éteint en outre par le paiement, ce qui donne lieu à la remise de la cédule et à la radiation aux livres fonciers (art. 1181-1183 et art. 875), et cela sur la demande des propriétaires.

Nous avons défini ce qu'était l'hypothèque de sûreté, nous avons vu son caractère principal et vu aussi qu'elle ne peut être négociable, nous n'y reviendrons donc pas ; le Code civil allemand la traite en son article 1185 et suivants.

La dette foncière ne nous retiendra pas longtemps, tout ce que l'on a dit des hypothèques négociables s'applique aussi à celle-ci (art. 1192). Il y a cepen-

dant quelques dispositions qui sont particulières à la dette foncière et dont nous avons déjà parlé, la meilleure consiste en ce que le propriétaire peut la demander directement sur lui-même, « une dette foncière peut être constituée au profit du propriétaire lui-même (art. 1196), et en outre ce qui la différencie considérablement de l'hypothèque négociable, c'est qu'elle peut être au porteur (art. 1195).

Ainsi donc, la conclusion que nous pouvons faire en ce qui concerne ce système hypothécaire, est que, comparativement aux lois de 1872, ce sont les dettes foncières qui se sont le mieux conservées dans le Code civil.

Enfin, nous avons parlé d'une innovation du nouveau code qui est la rente foncière, il est temps de la voir. Il a été dit, dès le début, que celle-ci n'est qu'une variété de la dette foncière ; elle peut, du reste, se convertir à cette dernière forme (art. 1203).

Son mécanisme est fort simple. Quant aux formalités, elle est régie par les règles que nous connaissons déjà, en la constituant on s'arrangera « de telle manière qu'une certaine somme d'argent soit payable sur l'immeuble à termes périodiques. On doit fixer en outre le capital moyennant lequel cette rente pourra être rachetée, le prix de rachat doit être porté sur livres fonciers » (art. 1189).

Cet article nous donne ainsi le caractère essentiel de la rente foncière ; elle est rachetable et c'est le propriétaire seul qui possède ce droit, cependant,

dans certains cas, il peut être forcé par le créancier à opérer ce rachat.

C'est tout ce que nous avons à dire sur cette variété nouvelle de l'hypothèque en Allemagne.

Nous venons de voir un système hypothécaire organisé par un code récent, un code qui a été fait avec beaucoup de soins et après beaucoup de discussions entre savants. Il a même peut-être été traité d'une façon trop savante : il a peut-être été trop discuté, on voulait trop bien faire. On voulait aussi faire une législation qui fût en parfaite concordance avec elle-même, et par suite exempte de tout reproche. C'est certainement à cela que nous devons toutes les complications et subdivisions que nous venons de voir.

Pour conclure, nous croyons qu'un seul système, celui de l'hypothèque, qui serait négociable ou non à volonté, et à côté de cela la rente foncière, institution qui semble très pratique pour un pays agricole, aurait amplement suffi aux propriétaires allemands pour l'obtention du crédit qui leur est nécessaire.

CHAPITRE VI

L'HYPOTHÈQUE SUR SOI-MÊME EN SUISSE, EN ROUMANIE. L'ACT TORRENS. LE SYSTÈME DE M. DAIN RELATIF A L'ALGÉRIE

§ 1^{er}

La législation suisse

Cette législation est toute nouvelle, elle sera pour la première fois mise en application en 1912, époque à laquelle le code va être mis en vigueur; nous allons bientôt en donner un aperçu. Disons d'abord que ce sera la première fois que la Suisse va être régie par un code civil général; jusqu'à présent, elle était dans la même situation que l'Allemagne avant 1900. Plus de vingt-neuf législations hypothécaires différentes la régissaient (1). Chaque canton avait sa législation particulière; on peut arriver cependant à faire une grande division générale, et à avoir de cette façon deux systèmes de législation.

1° La Suisse française, (Genève, Fribourg, Neuchâtel, etc.), qui appliquait un système basé sur le

1. V. Besson, déjà cité, pp. 233 et suiv.

système français de la transcription, loi de 1855. Toutes ces législations de la Suisse française se ressemblaient par ce caractère général, elles ne se distinguaient entre elles que par des points de détails. Disons cependant que le code des hypothèques de Genève s'était inspiré directement de la loi de brumaire, ce qui fait que la transcription devenait une formalité nécessaire. Quelques cantons aussi supprimaient des points de détails. Mais en somme, le principe français que la vente, est à l'égard des partis, parfaite par simple consentement, était le point capital, sur lequel se basaient ces législations. En ce qui concerne les hypothèques, quelques cantons avaient réussi à obtenir la suppression des hypothèques occultes.

Les systèmes de Neuchâtel et de Fribourg avaient aussi une supériorité sur le système français, en ce qu'on exigeait avec l'inscription des hypothèques le numéro du registre cadastral de l'immeuble. Mais point d'hypothèque sur soi-même dans ces systèmes.

2° Système allemand, pratiqué dans la Suisse allemande, (Bâle, Berne, Luzerne, Zurich, Soleur, etc.)

Ici, la règle générale est comme en Prusse, une tendance très nette en faveur des livres fonciers, et nous y trouvons aussi le principe de l'hypothèque sur soi-même ; l'hypothèque négociable est permise. Donc, nous voyons la Suisse séparée par deux systèmes principaux, sans compter les détails qui souvent dans la pratique peuvent avoir une très grande importance.

L'idée d'un code général devait donc s'imposer forcément. Déjà, en 1848 et en 1872 des essais furent faits de codification générale, mais ils restèrent infructueux.

Un avant-projet fut fait en 1900, et examiné par une commission nommé à cet effet, il contenait un exposé des motifs par M. Huber, professeur à la Faculté de Berne; ce projet fut adopté par le Conseil fédéral qui le soumit en 1904 au Parlement. Le Conseil national et le Conseil des Etats l'adoptèrent en décembre 1907, il rentrera en vigueur en 1912.

Ce Code est divisé en quatre livres et un titre final; il est précédé d'un titre préliminaire. Les quatre livres sont ainsi distribués :

1^o Droits des personnes; 2^o Droits de famille; 3^o Droits de succession; 4^o Des droits réels. Son livre cinquième n'est point terminé pour le moment; il sera formé par le titre final actuel dans lequel on incorporera le droit des obligations arrangé d'une manière conforme aux droits des divers cantons.

Ce Code civil suisse (1) malgré la prétention de son exposé des motifs, d'être simplement le résultat d'une législation nationale; est, tout à fait organisé quant aux principes hypothécaires sur les données du Code civil allemand et sur le modèle de la législation de messidor an III. Pour les livres fonciers, il en admet le principe et dans son article 942 nous dit :

1. V. Code civil suisse, par Virgile Rossel, professeur de droit, à Berne.

« le registre donnera les états de droits sur les immeubles » ; il comprend le grand livre, les documents complémentaires et le livre-journal. C'est donc un système de livres fonciers tout à fait dans le genre des livres similaires allemands et anglais. Il contient tous les principes généraux que nous savons et sa différence consiste simplement en ceci : c'est qu'à l'imitation des livres en usage en Angleterre, au lieu de contenir les descriptions sur trois feuilles dans le même livre, il y a trois livres tenus séparément. Nous y retrouvons aussi le système des inscriptions provisoires, qui s'appellent ici des *annotations*. L'article 961 dit que des inscriptions provisoires peuvent être prises « par celui qui allègue un droit réel et par celui que la loi autorise à compléter sa légitimation ». Le principe de l'immatriculation se trouve dans son article 943 ; les droits réels (art. 972) naissent, prennent leur rang et reçoivent leur date par l'inscription du grand livre. En ce qui concerne le système hypothécaire lui-même, le message du Conseil fédéral nous dit, ce que nous pensons d'ailleurs très bien, que les capitalistes et aussi les débiteurs propriétaires seront heureux du nouveau système qui va être mis en vigueur à cause des instruments de crédit très perfectionnés qu'il contient.

Très honnêtement, nous sommes prévenus aussi que le Code civil suisse ne fait que ratifier une idée qui a été jadis émise par le Code hypothécaire du 9 messidor an III.

Nous voyons au titre XXII, chapitre I, article 793

quels sont ces moyens de crédit que le législateur met à notre disposition. Ce sont : l'*hypothèque*, la *cédule hypothécaire* et la *lettre de rente*. Tout comme en Allemagne les autres formes de crédit immobilier sont prohibées. Le principe pour les hypothèques est, nous l'avons vu, celui de l'immatriculation obligatoire ; quelques règles intéressantes sont à remarquer maintenant. D'abord, le système dit, des « *cases* » qui se trouve aux articles 833 et suivants et qui consiste tout simplement au retour du système adopté par la ville libre de Brême, c'est-à-dire que chaque gage aura son rang. Nous voyons aussi à l'article 808 que lorsque le propriétaire diminue la valeur de l'immeuble grevé, le créancier peut lui faire intimer par le juge l'ordre de cesser tout acte dommageable. Le système hypothécaire suisse laisse subsister les hypothèques légales à l'article 836 et le système ici n'est plus en concordance avec le principe de l'inscription absolue aux livres fonciers car il restera une certaine catégorie d'hypothèques légales : « celles qui seront créées par les lois cantonales pour des créances dérivant du droit public, et des obligations générales imposées au propriétaire sont, sauf disposition contraire, valables sans inscription ». Nous remarquons, en ce qui concerne la circulation des hypothèques, la disposition de l'article 835 qui n'exige pas que les cessions de créance garanties par l'hypothèque soient inscrites aux livres fonciers pour être invalidées.

Afin de donner une plus grande étendue à la négo-

ciabilité, de l'hypothèque la loi a organisé le système de la cédule hypothécaire ; l'exposé des motifs de cette loi nous a renseigné à ce sujet.

Ce qu'il y a d'intéressant à remarquer dans ce système c'est que, à la différence du système allemand il revient sur un point à la législation de messidor, an III. L'article 843 nous dit que la « législation cantonale peut prévoir une estimation officielle des immeubles en vue de la constitution des cédules hypothécaires et rendre cette estimation facultative ou obligatoire pour les intéressés ».

Ainsi donc, voilà une loi qui paraît s'inspirer d'une idée tout à fait louable. Nous avons dit en temps et lieu que si la législation de messidor était mal organisée en ce qui concerne l'estimation officielle, le principe par lui-même était excellent et qu'il fallait simplement chercher à l'organiser d'une manière abordable.

La loi suisse dans son article 849 a su éviter aussi l'écueil sur lequel est venu buter le code hypothécaire de l'an III. Elle supprime cette responsabilité tout à fait intolérable, qu'avait le conservateur des hypothèques sous la loi de la Révolution. Et elle déclare que ce sont les cantons, qui sont responsables dans le cas où l'estimation n'aurait pas été faite avec le soin voulu.

En outre de la cédule hypothécaire, le Code suisse introduit aussi des *lettres de rente*. Nous le disons tout de suite parce que les dispositions d'organisation sont communes pour ainsi dire à la lettre de rente et

à la cédule. La lettre de rente est définie par l'article 847, une créance constituée en charge foncière sur un immeuble : nous voyons que sur ce point il n'y a pas grande différence avec le Code civil allemand, un titre doit être délivré lorsqu'on requerra cédule ou lettre de rente et qu'on inscrira en vertu du principe obligatoire, aux livres fonciers. Disons encore que les cédules et les lettres de rente ont cette qualité essentielle, d'être au porteur et de pouvoir être demandées par le propriétaire lui-même, pour son propre compte. C'est ce qui nous amène à conclure que le Code civil suisse admet le principe de l'hypothèque sur soi-même ; principe qui sera, pour ainsi dire, presque la règle générale. Nous avons vu sommairement comment est organisée cette législation, et nous pouvons derechef donner notre conclusion.

Le Code civil suisse s'est inspiré également du Code civil allemand et du décret du 9 messidor an III. En ce qui concerne le Code civil allemand, il est inutile d'insister, car sa lettre de rente, ses livres fonciers, tout cela c'est presque du droit allemand. Quant au décret de messidor, il s'en est inspiré sûrement ; et très loyalement dans l'exposé des motifs, le législateur nous en a prévenus ; et du reste, s'il ne l'avait pas dit, la meilleure preuve en aurait été la manière dont il a solutionné la question de l'expertise et de la responsabilité du conservateur des hypothèques.

A notre avis, le Code suisse a cette qualité sur le

Code allemand c'est d'être beaucoup plus clair et plus concis pour arriver au même résultat.

§ 2

Les hypothèques volantes en Roumanie

Il nous eût été, particulièrement cher de pouvoir donner quelques détails, et quelques renseignements précis en ce qui concerne cette catégorie de l'hypothèque qui exista en Roumanie dans la région dite Moldavie.

Malheureusement, les documents manquent à ce sujet, ce qu'on l'on peut savoir c'est uniquement par les on-dit et par les souvenirs qu'elles ont laissés. Dans le livre intitulé « Droit ancien et moderne de la Roumanie » (1) il nous est dit en 4 ou 5 lignes que la pratique avait fait admettre des hypothèques dites « volantes », à l'instar de la loi de messidor an III, et qu'elles se transmettaient par endossement. L'intérêt que présente cette variété d'hypothèque, c'est que son système fut créé non par une loi, mais par la pratique. Il ne fut même jamais sanctionné. Ceci est intéressant parce que cela nous fait deux pays avec l'Amérique (2) qui ressentirent ce besoin de créer même à défaut d'une loi, un système de transmission hypothécaire facile et rapide.

1. *Alexandresco*, p. 465.

2. V. *Bulletin* 1870, communication de M Laboulaye, déjà cité.

Nous regrettons donc, d'autant plus de ne pouvoir approfondir plus avant ce système qui fut en usage en Roumanie. Nous avons cependant pu recueillir deux témoignages fort précieux, et pour lesquels nous considérons de notre devoir d'apporter ici l'expression de toute notre reconnaissance. M. Tanoviceano le distingué professeur de la Faculté de droit de Bucarest, nous a affirmé avoir eu l'occasion de rencontrer durant sa carrière d'avocat un modèle d'hypothèque de ce genre. Ce témoignage issu, d'une personnalité jouissant d'une autorité indiscutable et respectée en droit roumain, comme celle de M. Tanoviceano, sera apprécié ici à sa juste valeur.

Un autre témoignage, d'une importance pratique indiscutable nous a été fourni par le révérend père Cesaire Stefano actuellement supérieur de l'Eglise roumaine à Paris qui est originaire de Moldavie, région où justement furent en vigueur ces hypothèques volantes, et qui a bien voulu nous dire qu'elles avaient été parfaitement en vigueur, et que leur usage commençait déjà à s'étendre en Moldavie.

En ce qui concerne leur application encore, une appréciation qui nous est particulière, et que nous donnons à titre de curiosité, car on ne peut rien affirmer à ce sujet, est le fait, que dans le dialecte moldave l'expression « *tzidoula* » signifie encore aujourd'hui « quittance ».

Cette expression n'est point usitée dans les autres parties de la Roumanie, serait-elle en étroite parenté avec le mot cédule, employé par la loi de messidor?

Pourquoi pas? Etant donné surtout qu'il est employé dans la région seulement, où les hypothèques volantes furent admises par la pratique, il nous est permis d'établir ce rapprochement. Aujourd'hui, dans la législation actuelle de la Roumanie, il n'y a plus aucune trace d'hypothèque de ce genre.

§ 3

Le système de M. Dain pour l'Algérie

Avant d'en arriver à la conclusion, nous ne pouvons ne pas dire quelques mots d'un projet de loi d'initiative française qui a été fait par M. Dain (1), qui est fort bien compris, et qui pourrait à l'occasion servir de base à une législation hypothécaire établie en faveur du crédit immobilier.

Le 29 mars 1886, le gouvernement institua une commission afin de savoir si l'on ne pourrait appliquer un nouveau système hypothécaire en Algérie, et, en ce cas, quelles seraient les réformes à effectuer?

Une commission de six membres fut nommée à cet effet, qui élabora un projet dont le rapport fut fait par un de ses membres, M. Dain, professeur à la Faculté d'Alger. Ce projet comprenait, comme tout bon projet hypothécaire, l'institution des livres fonciers et l'institution de l'hypothèque sur soi-même.

1. V. *Revue algérienne*, janvier 1887.

Nous ne nous arrêterons pas aux livres fonciers qui étaient organisés selon les principes bien connus. A la page 11 de son rapport, M. Dain disait en parlant des livres fonciers : « Ces réformes, si considérables qu'elles soient, ne constituent pas une innovation principale de la loi ; une mesure plus hardie est encore proposée, c'est la création sous le nom de « bons hypothécaires » de créances transmissibles par voie d'endossement avec la garantie de l'immeuble ».

Il parle ensuite du système de Messidor, et dit que les raisons de sa chute ne tiennent pas au fond même de ce système ; il rappelle que les lois prussiennes reprirent cette idée et nous dit ensuite, en ce qui concerne l'application de l'hypothèque sur soi-même pour l'Algérie, qu'« il ne s'agit point d'une conception hasardeuse au résultat problématique, mais d'une idée suffisamment contrôlée par l'expérience pour qu'elle puisse être l'objet d'une application pratique.

Voici en quelques mots maintenant, ce que contenait ce projet. La création des livres fonciers est l'institution de l'hypothèque sur soi-même, représentée par le bon hypothécaire. Ce projet est fort bien conçu et rédigé d'une façon fort claire. A l'article 38 il organise le système des bons qui seront inscrits aux livres fonciers et déterminés par leur rang. Il n'y a point d'autre innovation capitale, sinon celle de l'article 39 qu'il est utile de signaler.

Nous avons vu, en effet, en faisant la critique du

décret de messidor, que M. Besson considérait le système d'endossabilité comme non pratique pour les pays français, car il était contraire à la procédure de la purge, vu que dans ce cas on a besoin de connaître tous les créanciers.

L'article 39 du projet de M. Dain est ainsi conçu : « La transmission n'est opposable aux tiers que si elle a été *notifiée* au conservateur des hypothèques pour être mentionnée aux livres fonciers ».

Voici donc la question solutionnée. En effet, il n'est pas besoin de faire une notification sous des formes établies d'avance ; on peut très bien admettre que celui qui endossera la cédule, prévienne le conservateur des hypothèques et qu'il lui donne son nom et son adresse, par une simple lettre missive, lettre recommandée si l'on veut pour plus de sûreté. De cette façon, tout danger quant à la purge est écarté, et cela sans frais à déboursier, et sans aucune lenteur.

§ 4

L'Act Torrens

Il faut que nous disions quelques mots aussi de cette législation, législation qui fut connue en France vers 1882, grâce à M. Yves Guyot qui en fit quelques articles dans le journal *Le Globe*, et attira de cette façon l'attention sur l'organisation de ce système. Généralement on est tenté de croire que l'act Tor-

rens parce qu'il organise le système des livres fonciers organise aussi l'hypothèque sur soi-même. C'est une erreur, il donne la possibilité pour l'hypothèque d'être facilement négociée, grâce à des formulaires que l'on remplit à cet effet, de même que l'on fait pour l'inscription aux livres fonciers. Mais il faut que le propriétaire ait trouvé un créancier. En un mot, il ne peut pas demander l'hypothèque pour lui-même, comme dans la loi de Messidor et comme dans les lois allemandes. C'est pour ce motif que nous ne traiterons pas plus longuement ce système dans cette étude, dont l'objet n'est point d'étudier tous les systèmes de cessibilité de l'hypothèque, mais seulement comme son titre l'indique, l'hypothèque sur soi-même.

Mais, puisque nous sommes en ce moment en train de citer l'act Torrens qu'il nous soit permis de faire appel à un article de M. Ch. Gide (1) dans lequel en parlant de ce système il nous dit : « Robert Torrens était très fier de la façon dont il avait organisé son système hypothécaire, il en avait le droit, en prenant comme point de comparaison la législation anglaise, qui oblige le propriétaire qui veut emprunter ou hypothéquer à transférer la propriété de sa terre au prêteur de deniers, opération compliquée qui rappelle l'antique contrat de fiducie de droit romain... Mais peut-être Torrens eût-il été moins satisfait de son œuvre s'il avait connu les dis-

1. *Bulletin de Législation*, p. 307, 1883,

positions aussi ingénieuses qu'hardies d'une loi française mort-née, il est vrai, du décret du 9 messidor an III, ou ce qui lui aurait été plus facile encore, les dispositions de la loi de Brême ».

Ceci est concluant, il n'y a du reste pour se convaincre encore plus qu'à lire à la suite de cet article les observations présentées par M. Challamel et qui sont tout à fait dans les mêmes dispositions.

CONCLUSION

Nous avons vu les différents systèmes d'hypothèques sur soi-même, et il nous reste à présent à conclure. L'introduction en France de l'hypothèque sur soi-même serait selon nous parfaitement possible ; nous avons vu que son principe subsiste encore.

La première réforme à souhaiter serait la réorganisation de la loi de 1855 ou bien l'établissement pur et simple de livres fonciers. Cependant, il serait possible à notre sens même avant l'accomplissement de ces réformes de tenter en France un essai de l'hypothèque sur soi-même. Rien ne s'oppose à cela, nous l'avons vu, le dernier argument, celui de la purge peut être facilement combattu, et le remède en a été trouvé dans le projet de l'Algérie. Voici donc ce que l'on pourrait admettre pour un bon projet : simplement le système de messidor qui a pour lui la grande qualité d'être un des plus simples ; réformer la question de l'expertise qu'il contient dans le sens de la loi suisse, c'est-à-dire possibilité d'une expertise officielle facultative. On pourrait fort bien admettre que cette expertise soit faite, en tenant compte des impôts que l'on paye pour les immeubles, ou des

revenus rapportés par un immeuble. On pourrait aussi concevoir l'organisation permanente dans chaque ville d'une commission d'architectes nommés et désignés à ce sujet, et dont la mission serait d'opérer ces évaluations contre un droit fixe et peu élevé que paierait le propriétaire ; évaluation officielle bien entendu seulement dans le cas où l'on ne s'entendrait pas. La responsabilité du conservateur également serait prise dans les dispositions de la loi suisse à cet effet. Responsabilité de l'Etat, et non pas responsabilité personnelle du conservateur. Quant aux intérêts, les coupons, les « ziquitungscheinen » des lois prussiennes de 1872 seraient tout indiqués pour être pris comme modèles. Dans ces conditions si l'on en tentait l'essai, évidemment on ne peut préjuger de rien, rien n'indique, et tout au contraire, l'exemple des pays voisins en serait une preuve, qu'une organisation hypothécaire de ce genre, ne soit accueillie en France avec joie par les propriétaires fonciers.

VU :

Le Président,
AMBROISE COLIN.

VU :

Le Doyen,
CH. LYON-CAEN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Avant-propos	4

PREMIERE PARTIE

La législation française

CHAPITRE PREMIER

Du crédit, son importance, ses instruments

§ 1. La définition du crédit	5
§ 2. L'évolution des sûretés réelles, l'hypothèque, son caractère	16

CHAPITRE II

L'hypothèque, son fonctionnement, ses défauts

§ 1. L'hypothèque (en droit actuel).	25
§ 2. Le fonctionnement de l'hypothèque	29

CHAPITRE III

Des réformes qui furent tentées depuis le code civil pour réformer le régime hypothécaire

§ 1	50
§ 2. Ce que fit la pratique.	54
3. Ce que firent les lois : première période de 1804 à 1849.	55

	Pages
§ 4. Ce que firent les lois : deuxième période de 1849 et jusqu'à nous	58
§ 5. L'établissement de la Société du Crédit foncier et ses lettres de gages.	66

CHAPITRE IV

Le décret de messidor an III, son origine, son analyse, son fonctionnement, ses défauts et ses qualités

§ 1. L'origine et la création du Code hypothécaire (9 messidor an III)	72
§ 2. Des déclarations foncières	78
§ 3. Le Code hypothécaire, son fonctionnement.	83
§ 4. L'hypothèque sur soi-même et les cédulas	88
§ 5. Les défauts, les qualités et les causes d'insuccès du décret de messidor an III.	104

DEUXIÈME PARTIE

La législation étrangère

CHAPITRE V

Les lois prussiennes de 1872, les Handfesten de la ville de Brême, le Code civil allemand

§ 1. Les lois prussiennes de 1872	117
§ 2. Le système des Handfesten de Brême.	133
§ 3. Le Code civil allemand en vigueur en 1900.	141

CHAPITRE VI

L'hypothèque sur soi-même en Suisse, en Roumanie. L'act Torrens. Le système de M. Dain relatif à l'Algérie

§ 1. La législation suisse	155
§ 2. Les hypothèques volantes en Roumanie.	162
§ 3. Le système de M. Dain pour l'Algérie	164
§ 4. L'act Torrens	166
CONCLUSION	169



